HUNGARY

ELŐKÉSZÍTŐ A RÓMAI JOGI SZIGORLATRA.

INSTITUTIÓK

ÉS

PANDEKTÁK

DR. SCHWARZ GUSZTÁV

EGYETEMI NY. R. TANÁR

ELŐADÁSAI ALAPJÁN

ÖSSZEÁLLÍTOTTA

BESNYŐ BÉLA.



BUDAPEST, 1900.
POLITZER ZSIGMOND KIADÁSA.

A Pesti Lloyd-társulat könyvnyomdája

ELŐSZÓ.

Midőn egy évvel ezelőtt e könyv összeállításához hozzáfogtam, csak az a czél lebegett szemem előtt, hogy a vizsgára készülőknek kezébe megbizható útmutatót adjak. Ma örömmel mondhatom, hogy többet tettem. Nem elégedtem meg azzal, hogy a mint az 1. §-ban igértem, az anyag nagy részénél a közkézen forgó kézikönyvekre utaljak, hanem összeállítottam az egész anyagot úgy, hogy némely a szövegben kitüntetett és utalásokkal pótolt hiánytól eltekintve teljes római jogi kézikönyvet vesz az olvasó. E könyvből a vizsgára készülő a római jogi anyagot a jogtörténet és perjog némely külsőségeinek és a kötelmi jog extracontractuális különös részének kivételével immár nemcsak az institutiók keretében, hanem a pandektajog szerint is megtanulhatja.

A jelen könyv legnagyobb része nem egyéb mint dr. *Schwarz Gusztáv* egyetemi tanár úr Institutio- és Pandekta-előadásainak összeállítása. Csak egyes kisebb részekben, a hol ez előadások fonala megszakadt, kellett azokat kiegészíteni, mit ugyancsak a nevezett tanár úr módszere és személyes szives útmutatása szerint, részben nyomtatott értekezései felhasználásával, főleg Gierke, Jhering, Dernburg, Regelsberger, Baron és egyéb kiváló iró munkája nyomán eszközöltem.*)

---

*) Ily szabadabban kidolgozott részek, a többiekbe szórt apróbb pótlásoktól eltekintve, a következők: a 49—51, 56, 57—59, 60—65, 67—76, 89, 96, 99—105, 126, 140—143, 173—175 §-ok. A 144—155 §-okban az előadásokat felhasználtam ugyan, de tetemes kiegészitésekkel Dernburg alapján.

A módszer, melyet Schwarz Gusztáv tanár úr előadásaiban követ, s mely e könyvben visszatükröződik, világosabb és következetesebb mint az, melyet a dívó pandektakönyvek használnak. E módszer alapja a Binding-Thon-féle normaelmélet. E felfogás szerint a jogdogmatika egyetlen és igazi tárgya: a *jogszabály*. A jogszabálynak *általános* kriteriumai, vagyis azok, a melyek *minden* jogszabályra találnak, az általános részben tárgyaltatnak; a különös részben pedig az egyes jogszabályok *tartalmi* eltéréseik szerint csoportosíttatnak. Minthogy minden jogszabály schemája két részre, t. i. a tényállási és a joghatási részre oszlik: az általános rész három fejezetre szakad, t. i. a jogszabályokról általában, a joghatásokról általában és a tényállásokról általában. A különös részben a jogszabályok a *joghatások* (alanyi jogok) szempontja szerint vannak csoportosítva, és itt van e módszer második sajátsága, t. i. az alanyi jogokat a rendszer egész különös részén keresztül ugyanazon egy schema szerint: jogkeletkeztető, jogváltoztató és jogszüntető tények sorában adja elő. A ki e jelen könyvnek csak tartalommutatóját is gondosan áttekinti, meg fog győződni e módszer áttekinthető és következetes voltáról.

Fogadja a mélyen tisztelt tanár úr köszönetemet, hogy addig is, míg saját tollából eredő tankönyve megjelenik, előadásainak jelen alakban való felhasználását megengedni szives volt.

Budapest, 1899. szeptember 15-én.

Besnyő Béla.

TARTALOM.

BEVEZETÉS.

ÁLTALÁNOS RÉSZ.

Kötelmi jog.

I. rész. A kötelmekről általában.

BEVEZETÉS.

1. §. A római jog tananyagának felosztása.

A 28291/83 számú min. rend. értelmében a történeti szigorlatnak tárgya „a római jog“ „a pandektajog befoglalásával“. Erre a szigorlati tárgyra akar a jelen könyv előkészitőül szolgálni. Magában kellene tehát foglalnia mindazokat a disciplinákat, a melyeket „római jog“ gyüjtőnévvel egybefoglalunk. Ilyen disciplina pedig 4 van: *institutiók, pandekták, a római jog története és a római perjog.*

1. Institutiók névvel a rómaiak kis kézikönyveket, bevezető tankönyveket jelöltek meg. Ilyeneket irtak Marcellus, Gaius és ilyet állíttatott össze Iustinianus is. Ma is a római jogba bevezető tankönyveket értenek rajta, miknek terjedelme azonban a különböző tanrendszerek szerint különböző. Külföldön az institutiók csak egy semesternyi studiumot adnak, ezért ott az ily czímen írt könyvek sokkal kisebb terjedelműek, mint a nálunk közkézen forgó ily jellegű művek.

A római jog tananyagának ezt a részét a szigorlatra készülők Vécsey és Kajuch művében úgyis megtalálhatják, ezért könyvünk erre vagy általában nem, vagy néhol csak vázlatosan terjeszkedik ki, mindenütt azonban a két tankönyv szükséges anyagára utal. Ezt pedig olykép teszi, hogy a készülő e könyv rendje szerint haladhasson, és a fenti két művet mégis megismerhesse, úgy hogy remélni merjük, hogy az így készülő bármely tanárnak meg fog tudni felelni. (És sajnos, a mi egyetemi rendszerünknél ez a főczél.) Ezzel meg van adva könyvünk jellege is. Nem tudományos könyv kíván lenni, hanem csak jó előkészítő.

2. Pandekták. E fogalmat a 2. §-ban magyarázzuk meg, ott mutatjuk ki, hogy mi mindenfélét értenek rajta.

Ez anyagra alkalmas magyar tankönyv nem lévén, főleg ez lesz tárgyunk. Eredetit itt sem akar könyvünk adni, hanem Schwarz Gusztáv tanár úr egyetemi előadásai sorrendjét követve főleg az előadások nyomán, a mely részre pedig ezek nem terjeszkedtek ki, nevesebb külföldi művek alapján készült. De még a pandekta-anyag tekintetében sem tart teljességre számot, mert itt is szem előtt tartottuk czélunkat: nem tudományos pandektákat, hanem alkalmas előkészítőt akartunk írni.

3. A római jog története. Külföldön ez külön studium, nálunk az institutiók bevezetéseként szerepel. Ugyanez a sorsa

4. a róma perjognak, a melyet már nemcsak külföldön, hanem néha nálunk is külön szoktak tárgyalni. E két anyag tekintetében a nálunk dívó felfogást követjük, és így a történetet a bevezetésben, a perjogot pedig az általános részben adjuk, persze csak vázlatosan és utalással a közkézen forgó könyvekre.

2. §. A pandektajog fogalma és tárgyalási módszere.

A pandekták névvel nem egy forgalmat jelölünk meg. Értjük alatta először is a Iustinianus codificálta jog, a corpus iuris civilis, egy részét, melynek neve: *Digesta seu Pandectae.* Ez tulajdonképen gyüjtemény, szemelvény, anthologia a római juristák műveiből: mindegyikből persze csak egy pár sor, de úgy, hogy az ugyanahhoz a materiához tartozó fragmentumok egymás mellé vannak illesztve.

(Németországban ma pandektajog alatt értenek (még néhány évig érvényes) *positiv jogot,* mely bizonyos területen uralkodik, ott alkalmaztatik. Németországban még a múlt század végével mindenütt csakis ez a bizonyos jog volt érvényben, és noha azóta sok helyütt particularis codificatiók kiszorították, a hol ily codificatio nem történt, ma is érvényes. Most azonban a nagy német codificatio befejeztetvén, 1900. jan. 1-én itt is megszűnik a német értelemben vett pandektajog használata, hogy helyet adjon, ép úgy, mint a német (s utána a magyar) kereskedelmi törvényben történt, most a német polgári törvénykönyvben is az alább kifejtendő értelemben vett pandektajog uralmának. A német értelemben vett pandektajognak főforrása ugyan a Justinianus corpus iuris civilise, de a mellett forrásai még a kánonjog, a hűbéri jog és bizonyos „Reichsabschiedok és Reichsgesetzek." Ebből származott egy mixtum compositum, a melyet a múlt században usus modernus pandectarumnak, ma pandektajognak hívnak. Mi pandekták alatt azonban nem ezt értjük.

A 12. században, a mikor a bolognai egyetemen újból felfedezték a római jogot, a tudományos foglalkozásnak főtárgya a corpus iuris civilisnek pandekták néven ismert része volt, úgy hogy Pandekták alatt a glossatorok óta a *római jogot* értették a maga egészében. Értettek tehát alatta nemcsak magánjogot, hanem büntető, sőt államjogot is, mert hiszen a corpus iuris civilis ezt is magában foglalja. Ez a szónak már harmadik jelentése, a melyet azonban a múlt századtól kezdve szűkebb értelemben használtak, a mennyiben a pandekta szót nem az egész corpus iuris civilisbeli jogra, hanem csak a *római magánjog* fogalmára szorították.

Németországban a 15. század folyamán végbement az ú. n. receptio. Ez a folyamat akkor az egész kultura terén volt észlel-

hető: felfedezték az antik világot, és mindenben utánozták. Igy a jog terén a corpus iuris civilis lett a jelszó. Az egyetemeken mint tudományt csakis ezt tanították, és az emberek, kik az egyetemekre jártak, az életbe ezt hozták magukkal. Jogtudás alatt a római jog, tehát a pandektajog tudását értették. Ez a jog kiszorította a hazai jogokat, és így a római jog lett *a jog* par excellence. De nemcsak Németországban, hanem egyebütt is. Németországban kölönösen azért, mert az olasz egyetemeken az olaszok után a legnagyobb számmal a németek voltak. De meg azért is, mert a német hazai jogszokások nem voltak egységesek, és így nem tudtak ellentállani a receptiónak. Receptióról azonban szó lehet nemcsak Németországban, s nemcsak Francziaországban az ú. n. írott jog (droit écrit) területén, hanem receptió történt Európa minden részében, még ott is, a hol sokáig azt hitték, hogy nem is volt. Igy Angolországban, Svájczban (bár itt a germán jogszokások erősebben maradtak meg, mint magában Németországban), és receptio történt nálunk, hazánkban is. Annyi bizonyos, hogy nem abban az értelemben, mint Németországban, a hol egy Reichsabschied kimondja, hogy a bíróság köteles a római jogot alkalmazni. De másrészt bizonyos, hogy Mátyás korában törvény volt ily értelemben készülőben. Dell' Adami Rezső volt magántanár ki akarta mutatni, hogy Verbőczy tisztán római jog. Ez ugyan túlzás, de annyi tény, hogy több benne a római jog, mint el szokták ismerni.

A pandektajog sokféle meghatározása után már most mi pandektajog alatt értjük: a római jogot abban az alakban, a mint a corpus iuris civilisben foglaltatik, mindazonáltal úgy, a mint ebből a modern világnak jogtudománya a magánjogi elméletet kiconstruálta. Tehát *a római magánjog modern felfogásban*. Ebből két elem jellemző, hogy t. i. alapja a corpus iuris civilis, és hogy a formája modern. Pandektajog tehát a corpus iuris civilis alapján fejlődött modern magánjog tana, a mely bizonyos értelemben ma is azt a szerepet játszsza, a melyet a római jog tana játszott a középkoron keresztül. Valamint a középkoron keresztül római jog alatt értették a ratio scriptát, valami állandó érvényű jogot, úgy ma is a pandektajog tanának bizonyos nemzetközi érvénye van. A mit mi pandektajognak nevezünk, a magánjognak a corpus iurisból kifejlesztett elmélete, változatlanul taníttatik ott is, bár nem ezen név alatt, a hol hazai codificatiók vannak. Mert minden codificatióból ki lehet mutatni, hogy mennyi és mi az, a mi át van véve a pandektajogból, és mi benne az eredeti.

Igy fogva fel a pandektajogot, tárgyalási módszerünk is meg van adva. Tárgyunk anyaga más, mint a németeké, más a módszerünk is. Ránk nézve a pandektajog nem mint tételes élő jog érdekes, hanem mint jogi elmélet, mely részben megvan de lege lata minden népnél, és nálunk de lege ferenda is érdekes. Ezért

mi egyenlőtlenebbül fogunk tárgyalni, mint a németek, többet mondunk ott, a hol érdekes, kevesebbet, a hol kevésbbé az.

Másfelől más a ·terjedelme, anyaga és tárgyalási módszere a pandektáknak, mint az institutióknak. 1. Terjedelem tekintetében: Institutiók alatt értik a bevezetést a római jogba „prima cunabula iuris“, ellenben a pandekták már a római jog dogmatikáját adják, tehát terjedelmesebbek; mert a pandekták droit Romaine aprofondi. 2. Módszer tekintetében: az institutiók módszere, történeti, dynamikus; a pandektáké dogmatikus, staticus. 3. Anyag tekintetében: az institutiók anyaga a római jog Justinianusig, és itt megállapodnak, holott a pandekták csak ott kezdődnek, a hol az institutiók megállapodnak. Mert a pandektajog anyaga az a jog, a mely meg van rögzítve a corpus iuris civilisben. Hogy miért indulunk ki a justinianusi jogból? Azért e, mert talán ez volt fénykora a római jognak? Korántsem! Hanem azért, mert a római jog a maga történeti missióját, a maga diadalútját nem a Labeo, a Celsus műveinek, hanem a corpus iuris civilisnek formájában tette meg. És míg végül az institutiók a római jog magán- és közjogi intézményeit adják elő, addig a pandekták csak a magánjogot.

3. §. A római jog történetének vazlata Iustinianusig.

Minthogy, mint már az 1. §-ban is kifejtettük, e könyv nem tudományos értelemben vett pandekta-jognak, hanem szigorlati segédkönyvnek készül, szükséges, hogy a maga helyén mindig visszatérjünk az institutio anyagára, megelégedvén azonban rövid vázlattal és a közkézen forgó institutio könyvekre való utalással. Itt is dióhéjban igyekszünk megadni a római jog külső történetét Iustinianusig. A jogtörténetet tudvalevőleg Leibnitz felosztotta külső és belső jogtörténetre. Belső jogtörténet maguknak az egyes intézményeknek története, míg külső a jogforrásoknak vagy kútfőknek története. E helyütt az úgy nevezett külső történetet adjuk.

A római jogtörténelem a római jog 1200 esztendős fejlődésének története Róma városa alapításától (753 Kr. e.) Iustinianus császár uralkodásáig (527—565). Ezen korszak politikai története megmondja, hogy a kis város parasztlakóssága hogy lett az ismert világ felett uralkodó világhatalommá; s evvel karöltve jár a római jogfejlődés, mely azt mutatja, hogy miként fejlődött e parasztpolgárok korlátolt, merev és szűk jogköre a világot hódító corpus iurissá. Ezt a történetet 4 korszakra osztja a szokásos felosztás, melyet a jogtörténet is helyesel:

1. A királyság jogának története.
2. A respublica jogának története.
3. A principatus jogának története.
4. A keresztény császárság jogának története.

(Ha a római jog fejlődését tüzetesen kutatjuk, vannak egy-két százados eltérések, úgy hogy egyes tudósok: pl. az olasz jogtudós Padeletti csak 3 korszakot különböztet meg. Szerinte a II. korszak Karthágó pusztulásánál (146) végződik. A 4 korszakra való felosz-

tás azonban elterjedtebb.) A 4 korszakról nem tudunk egyenlően beszélni; ránk a maga egészében csak a corpus iuris civilis maradt, melyből a respublica és a principatus jogviszonyaira lehet következtetni, míg a királyságról sem politikai, sem jogi hiteles adatunk nincsen, hanem csak homályos vonatkozásaink vannak.

I. Az első korszak terjed a XII táblás törvényig (753—451/50 Kr. e.) „a leges duodecim tabularum"-ig. A királyok kiüzetése után a secessio plebis in montem sacrum (454) nyomán a patriciusok és plebeiusok közt megkötött béke első termékeül láttak napvilágot e törvények, úgy, hogy a plebs követelésére Pomponius szerint Terentilius Arsa indítványára Görögországba és Dél-Itáliába 3 embert küldtek, s mikor ezek a soloni és egyéb törvények tanulmányozása után visszatértek, 10 férfiút választottak a patriciusok sorából („Decemviri consulari imperio legibus scribundis"), a kik a törvényeket 10 táblában codificálták. A következő évben pedig 451-ben az előbbi decemvirek sorában is benvolt Appius Claudiuson kivül csupa új decemvireket választottak, kik a meglevő 10 táblához még kettőt csatoltak.

Az első korszak a szokásjog uralma alatt áll. E korban törvényt nem hoznak, csak a szokást követik. Beszélnek ugyan „*ius Papirianum*"-ról és *leges regiae*-ről; de ezek nem hitelesek, és csak a régi szokásjog feljegyzései lehettek. A legrégibb hiteles documentum a „**Leges duodecim tabularum.**" Ez a plebeiusoknak második győzelme a patriciusok fölött. Az első a Servius Tullius-féle alkotmány (l. Vécsey 18—21), mely nem a patricius közönségre, hanem a vagyonra alapítja az államot. A XII táblás törvény pedig írott törvényeket ad a népnek, melyek őt a bírói önkény ellen megvédik. Bármily kemények is e törvények, mégis haladást mutatnak fel a szokásjoggal szemben. És akármennyire változtattak is rajtuk a gyakorlatban, elméletileg mégis érvényben maradtak a corpus iuris civilisig. (Maga az eredeti szöveg odaégett a gall betörések alkalmával. Bruns és Mommsen „Fontes iuris Romani" czimű művükben 100 töredéket iparkodtak helyreállítani.) A mai joghoz viszonyítva nagyon primitivek, s az abstractságból, melyet ma törvényeinkben megkívánunk, nem találunk bennük semmit, hanem inkább lapidaris stilussal concret esetekkel foglalkoznak.

Tartalmilag bennök a büntetőjog a magánjog felett uralkodik, mint minden primitiv jogban, mert ennek feladata a vad ösztönöket fékezni; de mégis fejlettebbek, mint az ind, kelta, zend vagy Mózes-féle törvények; van bennök sok magánjogi intézkedés is, a mi arra vall, hogy a római népnek nagy jogi értelme volt. A *formát* illetőleg bennök szigorú formalitas uralkodik; minden egyes jogügyletnek megvan a maga megszabott formája, vallásos ceremóniája; a mi ismét közös jellemvonása a primitiv jogoknak, hiszen erdetileg vallás, erkölcs és jog szorosan összefüggtek.

A XII táblás törvény korában a családi élet feje a paterfa-

milias: az övé minden a házban: ember, dolog, állat: familia pecuniave. Hatalma mindezek fölött: manus. Ez még ekkor korlátlan jog: ius vitae ac necis, melynek határát nem a jog, hanem az erkölcs és illem szabta meg. Igy korlátlan a hitelező joga is adósa felett, bár a XII táblás törvény már némileg határok közé szorítja. Forgalmi ügylet csak kettő van e korban, a nexum és a mancipatio. Mind a kettő bizonyos szavakhoz volt kötve, és ha a felek csak egy szót is elhibáztak, az ügylet érvénytelen volt.

II. A XII táblás törvény alapja a római jognak, Cicero is említi, hogy az ő idejében, tehát 400 évvel eredete után könyv nélkül tanulták. In praxi a római jog kivetkőzött ugyan ennek szigorú formájából, elméletileg azonban nem. A következő 3—4 század az interpretatio, transformatio korszaka. E tekintetben a római és angol jog között párhuzam észlelhető. Itt is, ott is ritkán hoznak törvényt, s ezt nem újabb törvényekkel, hanem a gyakorlat útján igyekeznek javítani. Ez fejleszti a jogot, nem a legislatura.

Ez nyilvánult az interpretatio korában, a mely 3 századon át követi a XII táblás törvényhozást. Az interpretatiónak művészete az, mely létrehozza azt a bámulatos technikát, melyet a római jog sajátjának lehet mondani. Az interpretatio lényegileg t. i. két tekintetben jellemzetes: 1. lehetőleg mereven ragaszkodik a XII táblás törvény betűihez, tehát rigorismus, formalismus jellemzi; de 2. a forma megtartása mellett csavarint az értelmen, s így fejleszti tovább a jogot. Igy történt, hogy az interpretatio új jogintézményeket, jogügyleteket hozott létre. Pl. a XII táblás törvény szabálya: „confessus pro iudicato est", alperest, ha nem tagad, elitéltnek tekintik, és a végrehajtást azonnal megindítják ellene (manus iniectio). Ezt felhasználták egy új jogügylet létrehozására. A színleges alperes hallgatott, s ezzel tulajdonát átengedte a felperesnek (in iure cessio). Sohm remek művében több példát hoz fel az interpretatio működésére, így az emancipatio fejlődését stb.

Az interpretatio organumai, kik a jogalkalmazást közvetítették, a pontifexek voltak, a jog, mint minden primitiv államban, szoros kapcsolatban lévén a vallással. Ők őrizték a sacralis törvényeket, a „fas" jogát. Egyedül ők tudták, hogy mi a jogi calendarium, azaz hogy milyen napon milyen jogügyleteket szabad végezni (dies fasti et nefasti). Politikai tekintélyük megvédése végett gondosan őrizték ezeket, s ezért ők voltak az interpretatio egyedüli kezelői. Nagy haladás volt tehát, mikor Cneius Flavius (Appius Claudius szabadosa) 304-ben Kr. e. először publicálta az eddig szigorúan titokban tartott legis actiókat és calendariumot. Ezen időtől fogva a jogtudomány laizáltatik, és ez volt tulajdonképen a „*ius Flavianum*"-nak a jelentősége. Ez időben kezdődik a jog plebeizálása is, és 250-ben Kr. e. már az első plebeius pontifexxel találkozunk: Tiberius Coruncaniussal.

III. Ez a nemzeti jogrendszer, mely a XII táblás törvé-

nyen épül, addig tiszta, míg a populus Quiritium magába zárt népfaj maradt. A római népnek azonban missiója az volt, hogy világhatalommá legyen, a mi meg is van alapítva a második században Kr. e., midőn a pún és achaji, továbbá a kis-ázsiai háborúk be vannak fejezve. Róma lakóssága egy évtized alatt különféle néppel vegyült, a rómaiak a provinciákba, a peregrinusok pedig Rómába költözködnek. Ettől fogva a ius civile-nek, a nemzeti jognak nincs maradása.

A rómaiak ugyanis a personalitas elvét követték, kiki a maga nemzete joga szerint élt. Igy a peregrinus Rómában jogtalan volt, nem köthet érvényes ügyletet, családot jogi értelemben nem alapíthat. De akár elismerte a ius civile, akár nem, forgalma volt a peregrinusnak is, és ha bíró előtt nem is érvényesíthette, védte az illem és erkölcs. Ez alapon fejlődött ki a forgalom peregrinus és civis közt. A jog sokáig ez elöl nem zárkózhatott el, és igy végre 242-ben a praetor peregrinus tisztének creálásával e forgalmat elismeri. Ez a praetor peregrinus mond jogot inter cives et peregrinos, vel inter peregrinos. Ennek foruma előtt fejlődik a ius civile-vel szemben a ius gentium, a népek joga, mely a peregrinusok forgalmából aztán kilép a római jog területére is. Valamint tehát a XII táblás törvény harcznak köszöni eredetét: a patriciusok és plebeiusok közti harcznak, úgy a peregrinusok és rómaiak közti harcznak köszönhető a ius gentium is, mely a ius civile mellé kerül. Ez a ius gentium napról-napra nagyobb fontosságot nyer, és nemsokára háttérbe szórítja a ius civile-t. E processusban három korszakot különböztethetünk meg: 1. A ius gentium kezdetét, 2. a dualismus korát, a midőn a két jog egymás mellett áll fenn; ez összeesik a principatus korával, és 3. az egyesítés korszakát, a mikor ez a discrepantia megszünik, s a két iusból egy alakul, mely operatiót bizonyos fanatizmussal Justinianus fejezi be. Ezen processus eredménye a corpus iuris civilis, a mely tehát 7 század műve. Ekkor már ius civile névvel a régi ius civilet és a ius gentiumot együtt jelölik meg.

A ius gentiumnak alakulásában 3 tényező működött közre: 1. A praetori edictum. 2. A principatus korában a jogtudomány. 3. A keresztény császári jog, a constitutiók.

A praetori edictum. A praetor (367 Kr. e.), valamint az aedilis és a többi magistratus is a patriciusok és plebeiusok harczának eredménye. 367-ig a consul látta el a jogszolgáltatást. Ekkor azonban plebeiusi consul választatván, a patriciusok a jogszolgáltatást kivették a consul, (kinek neve addig szintén praetor volt,) kezéből, és egy új patriciusi magistratust alkottak: a praeturát, melynek feladata a peres és perenkivüli jogszolgáltatás volt. Igy 367-től fogva a praetor bíráskodik, még pedig a ius civile szerint. De mikor az idegenek nagyobb számmal kezdenek fellépni, mint láttuk, külön praetort kapnak. És ekkor már két praetor van: praetor urbanus

és praetor peregrinus. (A praetorok száma később még inkább nőtt, úgy hogy egyes ügyek elintézésére külön praetorok voltak hivatottak, pl. a praetor tutelaris, fideicommissarius stb.) A praetort egy évre választották és szokásban volt, hogy megválasztásakor kihirdette, hogy milyen elvek szerint fogja kezelni hivatalát, jobban mondva, milyen legis actiókat fog használni. Ez a programmbeszéd volt az edictum, a mely egy fatáblán volt kifüggesztve, szemben a forumon szintén kifüggesztett 12 érctáblával. Hogy fatábla volt, az azt jelentette, hogy a rajta lévő intézkedések csak ideiglenesek, egy praetor hivatali idejére terjednek, mig a XII táblás törvény örök érvényű. Fehérre lévén meszelve, a tábla neve album volt, a melynek megsértése delictum számba ment.

A praetor peregrinus tribunálján nem voltak szigoru ritualék találhatók, mint a praetor urbanusén, mert hiszen ezek a ius civile hagyományai voltak, ő pedig nem e szerint járt el. Neki szabad keze volt, őt a XII táblás törvény nem kötötte, s előtte más közönség is fordult meg, mint a praetor urbanus tribunálja előtt: csupa idegen, különböző nemzetiségű. Teljesen szadad keze lévén, ő mintegy kisérleti állomás volt, ő próbálta ki az idegen intézményeket, a nála bevált jogszabályokat aztán utódja átvette tőle, sőt a mennyire tehette, a praetor urbanus is igyekezett alkalmazni. Ez eleinte lassan ment, de később már ez az irány rohamos fejlődést vett.

A praetor peregrinus a pert csak bevezette, meghatározta az eljárást, s a mikor látta, hogy kiről-miről folyik a per, s hogy a felek már a bizonyításba fognak bele, hogy tehát már a ténykérdési vita kezdődik, akkor a további eljárást, a ténykérdést, laikus esküdtre, iudexre bizta. A iudex mondott aztán itéletet a praetor utasitása alapján a tényállás eldőlte szerint. Tehát a iudex itélt, de a praetor utasitása szerint, az ő nevében. Ez az eljárás szükségessé tette, hogy a praetor az iudexet hivatalosan értesítse a perről, és ebben az értesítésben a per már hypothetice el volt döntve. (Ha az, mit felperes állit, igaz, akkor alperest itéld el, ha nem igaz, mentsd fel.) Ez az értesítés volt a formula, mely a perrel együtt a iudexhez átment. Nem tudjuk, hogy mikor, mely alkalomból használta ezt először a praetor urbanus is. Tény az, hogy egy lex Aebutia már általánosságban kötelezővé teszi, megszüntetvén a legis actionalis eljárást. Valószinű azonban, hogy a praetor urbanusok már azelőtt is szokásból éltek a formulával. A lex Aebutia, melyet a Kr. e. 2. századba kell tenni, tehát alapjában véve a formulával együtt behozza a ius gentiumot, s ezóta rohamasan haladt a ius gentiumnak a római jogba való materialis értelemben vett behatolása. Hiszen abban a pillanatban, a mikor a praetor a jogszolgáltatás terén már nem a ritualis legis actióval élt, nagy szabadságot nyert. De azért külsőleg még mindig érintetlen maradt a tétel: „praeter ius facere non potest“, a valóságban azonban mégis csinált jogot, mert ő határozta meg a formulát és a peres fél joga csak akkor ért valamit, ha ő

formulat adott neki. Conservativismus uralkodott itt is: a ius civile-a praetor nem sérti, csak interpretálja, de a mire szükség volt, azt beleolvassa. Igy a *iuris civilis adiuvandi gratia* müködés színe alatt a *supplendi és corrigendi gratia* művét is végzi.

A lex Aebutia tehát a fordulópont, a mióta a ius gentium praevaleáló módon hatol be a római jogba; a praetor urbanus más jelentőséget nyert, s a praetori edictumok nem a legis actiók ismétlései, hanem a ius gentium hirdetőivé lettek. Ez a fejlődés a Kr. előtti 2. századig tart és Cicero idejében, tehát a köztársaság utolsó éveiben befejezettnek mondható. Ezentul is hirdetnek ugyan edictumokat, de innét kezdve az edictum *translatitiummá*, hagyományossá lesz. Egyes részleteket, formulákat ugyanis egyik praetor átvett a másiktól, így keletkezett az edictum tralatitium. Az utód nem tartozott ugyan ezt tenni, uj formulát is hozhatott, változtathatott a régin, sőt jogilag a praetor még a maga edictumához sem volt kötve, és müködéséért csak az év végén volt felelősségre vonható. Azonban az illem, a szokás, az erkölcs megkivánta, hogy respectálja a maga és előde edictumát, melyhez ő, az új praetor, rendszerint csak uj *clausulát* csatolt. Igy Cicero in Verrem felhozza bűnül, hogy edictumát sine ulla religione megszegte. Csak 87-ben, a lex Corneliával, Kr. e. lett jogi szabálylyá, hogy a praetor köteles edictumához ragaszkodni. Az év elején kibocsátott ez az edictum: az *edictum perpetuum*, a melyet nagyrészt elődjétől vett át. A mi újat ő ehhez csatolt, volt az *edictum novum*, az évközben pedig hirtelenül szükségessé vált új intézkedés az *edictum repentinum*, melylyel szemben az év elején az egész évre terjedő hatálylyal kibocsátott edictum az edictum perpetuum (A praeses provinciae is bocsátott ki edictumokat, de miután a sorrend Rómában az volt, hogy a magistratus eltelte után az illető római tisztviselő kapta a provinciát, s így a praeses provinciae edictumai nem voltak egyebek, mint a római edictumok szó szerinti ismétlései. Ennek következtében a praetor urbanus, a praetor peregrinus és a praeses provinciae edictumai [már Cicero szerint is] megegyeztek.)

A köztársaság vége felé a praetor munkája be van fejezve, ekkor már az edictum egy stereotyp valami: edictum perpetuum, állandóan ugyanaz, melyet az egyik praetor már minden módositás nélkül átvesz a másiktól. A Kr. u. 2. században Hadrianus levonta ebből a consequentiát. Megparancsolta, hogy a tényleg már úgy is végleges, állandó edictumokat revideálják, hogy jogilag is véglegesekké tehesse őket; tehát codificátiót rendelt el. 129-ben Kr. u. adta ki ezt a parancsot a praetor urbanusnak: Salvius Julianusnak, a hires jogtudósnak. Ez átnézte az edictumokat, s codificált alakba hozta őket. Ezzel a művel, melynek neve *edictum perpetuum*, a fejlődés alakilag is be volt fejezve, anyagilag már régen az volt. Tartalmilag az edictum perpetuum az ius gentium érvényesítése. A *ius praetorium*, vagy másképp *ius honorarium*, mely az

Jus p. [illegible] est [illegible] vel supplendi [illegible] propter utilitatem publicam.

edictumok alapján alakult, tehát behozta az ius gentiumot. De azért a ius honorarium fogalma nem esik össze a ius gentiuméval. (A terminus technikusok tekintetében óvatosaknak kell lennünk. A *ius civile* elnevezés alatt pl. többfélét értünk. Értjük először is: a régi XII táblás törvény jogát és az azon alapon fejlődött interpretatiót, tehát a ius Quiritiumot, azaz a csakis római polgárra vonatkozó jogot, a mely tudvalevőleg ius strictum, szigoru, formai jog. Ezzel szemben áll a *ius gentium*: a rómaiak által részben alkotott, részben elismert jog a peregrinus forgalom számára és természetesen, mint láttuk, a maguk számára is. Ez a jog már nem strictum, hanem ius aequum. A kettőt aztán egyesítette Justinianus, és az így egyesített jogot jelenti a ius civile tágabb értelemben. A *ius civile*-nek van azonban harmadik értelme is. Ez nem a tartalom, hanem a forrás különbözőségén alapszik. A praetori és aedilisi edictumban kifejtett jog, a melyről épen most szólottunk: a *ius honorarium, praetorianum;* ezzel szemben minden egyéb forrásból származó jog is ius civile. A ius honoriumban van ius gentium (a praetor peregrinus és a praetor urbanus iuris civilis corrigendi gratia működése), de van ius civile is, t. i. az első, a tartalmi értelemben vett ius civile (a praetor urbanus iuris civilis adiuvandi és supplendi gratia működése). A harmadik értelemben vett ius .civileben is van úgy ius gentium [császári törvényhozás stb.], mint ius civile. — Igy az *edictum perpetuum* terminusnak is két értelme van. Jelenti első sorban Hadrianus codificatióját, de jelenti szemben az *edictum repentinummal* a praetor által kibocsátott állandó edictumot is.)

A Hadrianus edictum perpetuuma alapja lett a késõbbi irodalomnak: Ulpianus, Paulus commentárokat szerkesztettek hozzá. Maga az egész edictum perpetuum nem, de számos töredék maradt ránk a magyarázatokból, a melyeket Justinianus a Digesták-ban szedett össze, s így a commentárok által magyarázott töredékeket a Digestákban találjuk citálva. Ezeket kiírták, s körülbelül száz fragmentumot találtak, a melyeket Rudolff és Laenel próbáltak a valószinű összefüggésbe hozni „Edicti perpetui quae supersunt" czimű sikerült művükben. E fragmentumokban furcsa nyelvezeteket találunk, mert Salvius Julianus, mikor az edictumokat revideálta, igazi római mintára járt el: lehetőleg szigorú ragaszkodással a régi szöveghez codificált, s az edictumoknak régi formáját is megtartotta. Innen van a különféle nyelvezet, melyekből aztán az egyes tételek korára lehet következtetni. (Dernburg kisérelte ezt meg.) Az edictum perpetuum végén találunk egy csomó puszta formulát: interdictum formulákat, melyeket a praetor nem a legis actio mintájára, hanem szabadon adott ki, persponsiókat (in iure kötelezők), exceptió formulákat. Ezek teszik az edictum perpetuumnak a legrégibb alkotó részét, és ősrégi albumokból származnak. Elül vannak az ujabb keletű formulák. Mindezekben a praetor nem parancsol s nem tilt, tehát jogot nem alkot, hanem csak formulát vagy exceptiót igér. Ez volt, mint a perjogban látni fogjuk, az ő ereje és hatalma.

IV. Mihelyt az edictumok codificálva voltak, a fonalat a **jogtudomány (responsa prudentium)** veszi át. Ezt azonban nem kell úgy érteni, mintha Hadrianus előtt nem lett volna jogtudomány, vagy a lex Aebutia előtt nem edictum; de csak a megjelölt időben vették át ezek a jogfejlesztés vezérszerepét.

A jogtudósok azelőtt a pontifexek voltak. Jogtudományról azon-

ban nem lehet beszélni, hiszen a jog a patriciusoknak, s zártabban a pontifexeknek féltékenyen őrzött titka volt. Csak *Cneius Flavius* után laizálódik a jog. Az első nyilvános jogtudós *Tiberius Coruncanius*, az első plebeius pontifex maximus, „qui primus publice professus est“, a mint róla Pomponius mondja. Jogtudományról azonban és általában művészetről és tudományról csak attól az időtől fogva lehet beszélni, a midőn a görög tudomány átszivárog Rómába, a melynek mint tudjuk, rendkivüli assimiláló képessége volt. Ekkor keletkezik az első tudományos könyv, *Quintus Mucius Scaevola* pontifex maximus: „Libri horon“ vagy „definitiones“ czimü könyve, mely 100-ban Kr. e. jelent meg. Erről Pomponius „Enchyridion“ czimű művecskéjében azt írja, hogy: „ius civile primus constiuit. (Generatim in libro octodecim redigundo)“. A köztársaság idejéből még *Sextus Aelius Paetus Catus:* Tripartituma érdemel emlitést, a mely ius Aelianum név alatt is ismeretes.

A jogtudomány igazi fejlődése azonban csak a principatus idejében kezdődik. Augustus alatt ugyanis két iskola keletkezett: *Marcus Antistius Labeo* és *Caius Ateius Capito* iskolája. Az irodalomban nagy vita volt e két iskola felett. Bremer jogtanár kis könyvében, (melynek megjelenése óta a vita befejezettnek tekinthető), azt állítja, hogy nem Capito és Labeo, hanem követőik, Sabinus és Proculus állottak az élén a két tanintézetnek, melyek alapítása görög minta szerint történt. Pomponius egymás után fel is sorolja a successorokat. (Successio alatt valamely állás elfoglalását értjük, successorok tehát azok, a kik az iskola élén állottak.) Fizetéssel járt-e ez az állás vagy nem, azt nem tudjuk. „Stationes iuris publice docendi“ élén állottak tehát Sabinus és Proculus. Pomponius nemcsak felsorolja a sabinianusokat és a proculianusokat, hanem röviden jellemzi is Labeot és Capitot. Labeoról Tacitus is mondja, hogy szigorú, republicanus gondolkozású ember volt, míg Capito a régi dolgoknak híve. Labeo plurima innovare instituit. De ez a külömbség nem jelent jogi ellentétet. Egészen tartalmatlan tehát az a bő jellemzés, a mi a két férfiúról sok helyütt olvasható. Minthogy ez a két iskola különálló volt és természetesen idővel nézeteltérések is voltak, szerették az alapítókat ellentétbe helyezni. Ellentét azonban a két iskola között valószinüleg nem is volt, hanem csak bizonyos versengés támadt köztük másfél századnyi egymás mellett való működésük közben.

A mi a két iskola hiveit illeti, hogy az elvi megalapítókon kezdjük, Labeo kétségkivül sokkal jelentősebb szerepet vitt, mint Capito; míg amannak nevével folyton találkozunk, emezére ritkán akadunk. A két iskola fejénél már ez máskép van; itt a Capito követője, *Massurius Sabinus* sokkal kiválóbb volt, mint Labeo utóda *Proculus*. „Ad Sabinum“ czímen írtak a commentatorok műveket, és Ad Sabinum czím alatt találjuk a Justinianus-féle Digestákban a jogtudomány egy nagy irodalmi tömegét. Sabinus ugyanis írt egy könyvet: „Libri tres iuris civilis“ czímen, mely alapja a rá következő

jogi irodalomnak, úgy mint eddig a Qu. Mucius Scaevola ius civile műve volt az. Sabinus volt továbbá Pomponius szerint az első, a ki fizetést kapott. Sabinus után az iskolát schola Sabinianak, vagy egy későbbi successor, Cassius Longinus nevéről schola Cassiananak hívták, míg a másikat Proculeiana vagy Pegasus nevű jogtudós után Pegasiananak.

Másfél századig tartott a római remekjog, a jogfejlődés fénykora. Hogy a jogtudós miképen folyhatott be a jog fejlesztésébe, annak magyarázata a következő. A régi jogtudónak és később jogtudósnak más volt a szerepe, mint ma. Ma egyszerűen a más erők által fejlesztett jogot dolgozza fel és ismerteti, a rómaiaknál azonban sokkal fontosabb volt a szerepe. Ennek eredete mélyen visszanyúl. Előbbi időkben ugyanis bizonyos concrét ügyekre nézve a pontifex maximus mondott véleményt, mely aztán (Pomponius szerint) a praetorra nézve kötelező volt, hiszen a praetor és még sokkal inkább az iudexek a jogtudomány tekintetében laikusok voltak. Később a jog laizálásával a pontifex véleménye is csökkent horderejében. Augustusról mondja aztán megint Pomponius, hogy egyes jeles jogászoknak megadta a jogot, hogy királyi nyomatékkal responsumokat (egyes esetekre véleményeket) adhassanak, melyek azután a praetorra kötelezők legyenek. Ugyanezt a jogot Tiberius is osztogatta. Ha mindkét félnek volt respondeáló jogtudósa, akkor a kettő egymást paralizálta és a praetor saját belátása szerint itélt. Igy ment ez az egész principatus idejében, úgy hogy Hadrianustól kezdve a jogtudós responsuma a praetorra már nemcsak a concret esetben, hanem egyszer s.mindenkorra kötelező volt. Ezért is van a jogtudósoknak e korban oly nagy fontosságuk.

A római jogtudomány fejlődésének tetőpontja a Kr. u. második század első felébe esik. Hadrianus és az őt követő Antoninusok uralkodása alatt virágzik a tudomány és művészet, e korban élnek a legnevezetesebb jogtudósok is. Ebbe az időbe esik *Salvius Julianus* müködése, a kit sokan a római jogtudomány legkiválóbb férfiának mondanak. Az edictum perpetuumon kivül vagy 100 könyvre terjedő irodalmi müködést mutat fel. Legfontosabb a 90 könyvre oszló „Digesták" czimű műve, melynek alapja az edictum perpetuum, a mely, mint mondtuk, a fejlődő jogtudmánynak központja. A későbbi jogi irók is „Ad Edictum" írnak magyarázatokat. Kortársai is mind kiváló szerepet visznek a jogtudományban. *Publius Juventius Celsus* a Proculus iskolájához tartozik. Tömör stilusa megközelíti Africanusét, tehát épenséggel nem sima. Hires a Responsio Celsina. Egyes complicált dolgokat ő rá vezetnek vissza, így könyvének egy helyére a constitutum possessorium-ot. Celsus mellett említendő *Africanus*. Tömör, nehéz stilusát a hagyományos „crux Africanus" jellemzi.

[Ezek az elsőrendü jogászok többnyire idegen származásúak. Salvius Julianus afrikai, Africanus afrikai, Gaius kisázsiai, Pompo-

niusról biztosan nem tudják, hogy hol született. A második század második felében és a harmadik század folyamán Paulus kivételével mind idegen, provincziai eredetű. A római nép ugyanis nem termett művészetre, tudományra, de nagy assimiláló képessége volt.]

Gaius és Pomponius az utolsók, a kik nostra scholáról beszélnek, ezentul nyoma vész az iskoláknak. E kettőről biztosan tudjuk, hogy Sabinianusok voltak. Utóbbi mint a római jog történetirója nevezetes. E tekintetben híres a már emlitett „Enchyridion" czimű művecskéje. Gaius eredetéről keveset tudunk. Bár nem volt ius respondendivel felruházva, az utókorra mégis nagy hatása volt. Ott szerepel a lex citationisban az idézhető öt remekiró közt; az ő műve alapján készültek Justinianus institutiói. De ránk nézve azért is fontos, mert a corpus iuris civilisen kivül az ő institutiója az egyetlen meglehetős ép állapotban ránk maradt római jogi mű.

Az ezek után következő irók már nem tartoznak az iskolákhoz. Ilyen *Quintus Cervidius Scaevola*, elsőrangu jogász, ki görög provinciából származott és Septimius Severus császárnak a jogtudományban tanitója volt. Tanitója volt továbbá az afrikai származású Septimius Severus barátjának, *Aemilius Papinianusnak* is, a ki phöniciai eredetű volt. Ez utóbbi, mint praefectus praetorio, és a syr származású *Ulpianus* Septimius Severus udvarában éltek. Severus neje *Julia Donna* (syr származásu asszony) ugyanis minden tekintetben „szép elme" volt, és udvarához hívta a legfőbb tudósokat, közülök az emlitett kettőt is. Ulpianus a királyné rokona is volt, és így nagy tiszteletben részesült. Ellenben Papinianus később megöletett, nem akarván megvédeni Caracallat testvérének Gaetának meggyilkolásáért. Sokan Ulpianust tekintik a legnagyobb jogtudósnak, és Papinianus fölé helyezik. (Brüsselben az igazságügyi palotában az ő szobra képviseli a jogtudományt.) Ez azonban túlzás. Salvius Julianustól Papinianusig körülbelül egyenrangú jogtudósok élnek. De már Ulpianust és a későbbi *Paulust* a behatóbb kritika csak elsőrangú epigonoknak ismeri el. Ők maguk is úgy érezhették, mert Papinianust mintául vették, és jegyzeteket írtak müveihez: „Notae ad Papinianum". Mind a kettőnek van „ad edictum" és „ad res iuris civiles"-hez czímü műve is. Ulpianus és Paulus ezen művei képviselik a justinianusi Digesták zömét.

Ulpianussal és Paulussal be van zárva a nagy jogtudósok sora, de azért nem következett egyszerre a nagy üresség, hanem egy századig tartó hanyatlás. Ránk maradt még *Herennius Modestinus* neve. Hogy pedig többnek nevével nem találkozunk, annak oka az, hogy a tudósok többé nem saját nevük alatt müködtek, hanem császári constitutumokban vagy consistoriumokban. Diocletianus idejéből vagy 1000 rescriptum maradt ránk, melyek nem az ő művei, hanem a hivatalnokokká lett jogászokéi. Ezzel a jogtudomány története be van fejezve. A császárság, mely Tiberius alatt elnémította a népgyülést,

és helyébe a *császári oratiót* hozta be, a mely elnémitotta Hadrianus idejében a praetori edictumokat, Diocletianus alatt elnémítja a jogászokat is, és helyökbe a császári constitutiókat lépteti.

V. A keresztény császárság idejében a jogfejlesztés szerepét a **császári constitutiók** veszik át. Diocletianus előtt is vannak már nagy számmal császári contititutiók, de a vezérszerepet még nem játszszák. Diocletianus óta azonban *lex* alatt már kizárólagosan a császári constitutiókat értjük, holott a köztársaság kezdetének idejében a népgyülés (comitia) határozatait nevezték annak. Ekkor t. i. a lex a magistratus és a nép összmüködése eredményének tekinthető; olyan szerződés az, a melyben az ajánlattevő a magistratus, az elfogadó a nép. (Innen van, hogy a rómaiak a magánjogi szerződést is *lex*-nek nevezték.) A lex, mint szerződés, csak a szerződő tagokra szól, és ez az oka, hogy az ius civile csak a római civiseket foglalja magában, az idegeneket pedig kizárja.

A respublica idejében olyképen jött létre a lex, hogy az illető magistratus, kinek agere cum populo, azaz népgyülést összehívó joga volt, inditványát, mint *rogatiót*, a senatus elé hozta. Ez vitatja, módosítja, helyesli a javaslatot, vagy visszavonását javasolja. De ez mind csak ajánlat, tanács, melyhez a magistratusnak nem kell ragaszkodnia. Csakhogy, míg a senatusnak a maga auctoritása megvolt, a magistratus is figyelembe vette a senatus határozatát. A senatusi *auctoritással* felruházott indítványt nyilvánosan kihirdette (promulgatio), azután a nép *contio*-n megbeszélte, és végül a *comitia* (népgyülés, eleinte a curiata, később a centuriata) szavazott felette. Velitis vel iubeatis? volt a kérdés és a szavazatra jogosultak vagy uti rogassal, vagy antiquoval feleltek. Ha több, mint a fele elfogadta, akkor a rogatio visszakerült a senatushoz, és ez megadta neki a *patrum auctoritást*. Csak ezután lett a rogatio lex. De a patrum auctoritas puszta ceremóniává fajul, mikor a 4. század óta a senatus az auctoritást köteles volt előre megadni. Igy jöttek létre a *leges rogatae*, a milyenek a köztársaság, sőt Tiberiusig a principatus lexei is. Augustus alatt még egy csomó ilyen lexet hoztak, különösen agrar kérdésekre vonatkozólag; magánjogi jelentőségűek az ő idejéből a lex Iulia de maritandis ordinibus és a lex Papia Poppaea. Már Tiberius óta ilyen leges rogatae nincsenek, hanem csak leges datae.

(A régi törvényhozásnak egy sajátos neme volt a lex mellett a *plebiscitum;* quod est, quod plebs plebeio magistratu interrogante veluti tribuno constituebat. Tehát a míg a lex=populiscitum, a mely az egész népnek szól, addig a plebiscitum eleinte csak a plebs számára készült a comitia tribután. 287-ben a lex Hortensia kimondta: plebiscito omnis populus teneatur. Ekkor a plebiscitum egyenrangú a lexxel, melyet régebben a comitia curiatán, majd a centuriatán szavaztak meg. Különben a XII táblás törvény óta

ezek a comitiák jogalkotó munkát alig végeznek, pótolja ezt a pontifex, praetor és jogtudós adta interpretatió.)

A principatus korában a comitia helyébe a *senatus* lép, Pomponius szerint azért, mert a birodalom terjedelme nem engedte meg a comitia, tehát az egész nép összehívását. Hadrianus óta a princeps csak a senatussal tárgyal. De már Augustus is maga nevezi ki a senatus tagjait, örökletes tagságot ad, megállapítja az ordo senatoriust. Ezek a princeps javaslatáról nem vitatkoznak, szó nélkül elfogadják, úgy hogy a fejedelem beszéde, az *oratio principis*, melylyel javaslatát benyújtotta, később lex számba megy. Igy jönnek létre a *leges datae*. A senatus csak pictus masculus, a melynek később Konstantinápolyban is párja akad, a mikor azonban már nem törvényhozó testület, hanem a városi administratió közege, és a legislatura, mint minden jogforrás, kizárólag a császár kezébe megy át.

Diocletianus óta a császár adja ki a *constitutio generalisokat*; ez tart Justianusig, sőt tovább is, és ez a törvényhozásnak egyetlen formája.

A köztársaság végétől Diocletanusig terjedő idő átmeneti korszak. Az eddigi princepsek is adtak ki constitutiókat, sakhogy ezeknek más volt az alkotmányos fogalmuk. Augustus ugyanis ép úgy mint Caesar, nem nevezte magát császárnak, csak Caesarnak, és az állam első hivatalnokának, magistratusának tekintette magát, a ki ius edicendijénél fogva *edictumokat* bocsát közzé, ép úgy, mint a praetor, imperiumi jogánál fogva pedig a neki alávetett magistratusoknak megbízásokat adott ki, *mandatumokat*. A princeps azonfelül az igazságszolgáltatás jogát, az iurisdictiót is gyakorolja, a praetortól a császárhoz lehetett felebbezni, sőt később közvetlenül a császárhoz lehetett fordulni, a ki ilyenkor biró létére *decretumokat* adott. Mióta Hadrianus a praetori edictumokat codificáltatta, azóta az ius edicendinek a praetornál nem volt érvénye, hanem az is teljesen a császár kezébe ment át. A míg Augustus csak némelykor mondott igazságot, addig Hadrianus és Diocletianus óta a jog teljesen a császáré lett, a ki ezt edictum, mandatum, decretum és rescriptum alakjában kezelte. Ezek közül a két utolsó a legfontosabb. A *decretum* császári itélet, akár felebbezés utján, akár közvetlenül kerül hozzá a per, a *császári responsum* vagy *rescriptum* pedig a responsa prudentium-ot pótolja. Ezek azonban kezdetben nem törvények, csak a törvényhez hasonló erejűek: *legis vicem habent.* A responsa prudentium a bírákra eddig is kötelezők voltak, most ezeket a császártól kérik és kapják. Néha a felek maguk fordultak (supplicáltak) folyamodványnyal a császári cancelláriához, mire megkapták a subscriptiót melyet a felek a birónak adtak át. A császári rescriptumok sok szempontból megegyeznek a régi praetori formulákkal, melyek a harmadik század második felében megszűnnek. Erről lex is hozatott: „De formulis sublatis“. Ezen időtől fogva

csak egy bíró van, a ki szintén császári rescriptumot (formulát) kap. A szászári rescriptum tehát a régi formulát és reponsumot helyettesíti.

Míg Augustus idejében a császári törvények még mint *orationes principis* jelennek meg, addig a keresztény császárság idejében a császári constitutio már önállóan lép fel. A császári rescriptum, mandatum, edictum és decretum, egy néven a *constitutiones principis* az egyedüli jogforrás, mert már Diocletianus óta lex est, quod principi placuit. Ekkor ellentétben az előző korral, már nem a rescriptum és decretum, hanem az edictum és a mandatum a lex, a constitutió generalis, az általános érvényű jog. Ez a constitutio generalis magában foglalja az adminisztratió és a törvényhozás minden formáját. És ez a császári törvényhozás uralkodik egészen Justianusig, mint igen fontos, bár absolut törvényhozás. Nyelv tekintetében barbár jellegű, mert idegenek dolgoztak rajta; tartalmilag ugyanaz a conservativismus uralkodik benne, a mely a kezdetleges római törvényhozást is jellemezte. Iustinianus befejezi ezt a császári törvényhozást, de még ő is alkot egy csomó törvényt.

VI. A keresztény császársággal a jogteremtő tényezők sora be van fejezve, a császári törvényhozás fejezte be a római jog fejlődését. De még a keresztény császárság idejében is mindig vannak hatályban a constitutiókon kívül a régi törvények is. Már Cicero is panaszkodik leveleiben, hogy az ember nem találja együtt az érvényben levő jogot. Julius Caesar életrajzirója azt mondja e kiváló férfiúról, hogy szándékában volt a jogforrások összegyűjtése, de úgy látszik, semmi sem lett belőle. Az anyag napról-napra gyarapodott. A császárság idejében már száz meg száz könyv járt kézről-kézre, összegyűjtve azonban a jogforrásokat sehol sem lehetett találni. Hivatkoztak még mindig a XII táblás törvényre, a praetori edictumokra és a responsumokra, de eredetiben nem is ismerték őket. Ezért nem is eredetiben idézték őket, hanem az épen divatos jogász munkájából. Ez a XII táblás törvény, a praetori edictumok és responsumok alkották, *a ius antiquumot*, vagy röviden *ius*-t. E hagyományos iussal szemben ellentétképen a császári constitutiókat *leges*-eknek vagy *ius novum*-nak nevezték. A kettő közötti különbség: 1. időbeli, mert ius a jog Diocletianusig, lex Diocletianustól fogva; 2. forrásbeli, a mennyiben a iussal a jogászok munkáiból ismerkedtek meg, mig a *lex* a császárság törvényhozása.

A jog tehát roppant tömeg volt, a korabeli emberek pedig ilyen munka megemésztéséhez és feldolgozásához nagyon aprók. A mi kiváló szellem van, az nem iuris prudentiával, hanem theologiával foglalkozik. Igy a jogirodalom ez időben kivonatolássá (epithome) fajul. Végül a császár veszi a kezébe a nagy anyag rendezését, mint egyáltalában mindent. Már *Constantinus* elrendeli,

hogy bizonyos könyvekre hivatkozni nem szabad, pl. Papinianus könyveihez irt notae-re. *II. Theodosius* az V. század második felében Konstantinápolyban azon tervvel foglalkozik, hogy össze fogja állítani a jogforrásokat, még pedig úgy, hogy e munkában bennefoglaltassék a régi jog és az új törvények is. Tervét azonban nem valósította meg. De valamit mégis tett, t. i. nyugatrómai collegájával III. Valentinianussal együtt rendeletet tett közé (*lex citationis*), a melyben kimondja, hogy a közkézen forgó jogi művek melyikére lehessen hivatkozni. Messzire nem akart visszanyúlni, ő tehát csak a korában leginkább divatos jogászok műveit jelentette ki jogforzásoknak, jóllehet ezek közül egyik-másik már a hanyatlás korába esett. Kijelölte *Papinianust, Ulpianust, Paulust, Modestinust és Gaiust,* bár ez utóbbinak nem is volt ius respondendi-je, ő tehát utólag kapta ezt meg. Ezeket az írókat ruházta fel Theodosius „auctoritas" erővel, valamint azon jogászokat, kikre ezek hivatkoztak. (Ez úgy látszik csak annyit jelent, hogy az általuk hivatkozottaknak általuk idézett excerptumaira lehet hivatkozni. Az eljárás az volt, hogy a bírónak úgy kellett döntenie, a mint az öt tudós közül a többség vélekedett. Ha az autorizált tudósok mindkét vitás nézet mellett egyenlő számban nyilatkoztak, akkor az a nézet győzött, a mely Papinianusra hivatkozhatott. Ha azonban a Papinianus vitakérdésről nem szólt, a bíró szabad belátása szerint dönthetett.)

A lexet, tehát a császári constitutiókat, már Theodosius előtt két magánember foglalta össze a *Codex Gregorianus* (300 Kr. u.) és a *Codex Hermogenianusban* (350 Kr. u.). Ez utóbbi Diocletianusnak vagy 1000 rescriptumát foglalja magába. E két codex körülbelül a 3. század végétől Constantinusig terjed, és azért Theodosius a *Codex Theodosianus*-ban kiegészíti a saját koráig. Theodosius ilyképen **Justinianus** előmunkásává válik.

Justinianus ugyanis elhatározta, hogy a reá maradt forrásokból gyüjteményt készít. Először elhatározta, hogy össze fogja állítani a keresztény császárok constitutióit, mert a fenti 3 codex többnyire csak az előző pogány principatus korabeli decretumokat és rescriptumokat tartalmazta. Ezzel a munkával megbízta Tribonianust, és jogászokat rendelt melléje, a kik egy esztendő alatt el is készültek. Ez *Justinianus codexe.* Az erre következő 533-iki esztendőben bizta meg Tribonianust a másik munkával, melyhez már ez maga választotta meg a maga segédeit. Ez a munka pedig abból állt, hogy főleg a *„lex citationis"* alapján 39 jogász munkáiból kivonatot készített. Ezzel a munkával három esztendőt töltött el, és 2000 libert állított össze, melyekből excerptumokat csinált. Justinianus ezeket *Pandectae* sen *Digesta* czímen adta ki. A systema, melyet Tribonianus jónak látott követni, az edictum perpetuum systemája volt. A Digesták tehát 39 jogász könyveiből keletkeztek olyképen, hogy Tribonianus kiválogatott mindegyikből bizonyos töredékeket, és ezeket összeállította. A felsorolt jogászok 300 év folyamán éltek, úgy, hogy forma tekintetében nagy eltéré-

sek vannak köztük. Tribonianus szóról-szóra leírta ezeket a töredékeket, de tartalom tekintetében ott, a hol az új felfogás ellenkezett a régivel, javított rajtok. Igy pl. a régi mancipatio helyett az új tradítiót hozta be. Az *Emblemata v. Interpolationes Triboniani* (Tribonianus közbeszúrásai) tehát a régi szövegnek modernizálása. A Digesták 50 könyvre oszlanak, ezeken belül vannak titulus-ok, ezeken belül a fragmentumok bizonyos sorrendben. Együtt vannak az „Ad Sabinum" commentarok fragmentumjai, a melyek mintegy a régi ius civilet, az „Ad edictum" commentarok fragmentumjai, a melyek a ius honorariumot, és a casuistikus jog töredékei, a melyek a jogtudományt tartalmazzák, mindig azok együtt, a melyek az illető titulus alá tartoznak Mép pedig olyan rendben vannak egymás után, a mint az egyes matériában többségben vannak az egyes tömegek fragmentumjai. Minden nagyobb tömegre volt egy-egy bizottság; pl. Sabinus bizottság, mely a sabinianusi massát, edictum bizottság, mely az edictalis massát, egy harmadik, mely a jogtudósok massáját, az u. n. papinianusi massát rendezte. A mit egyik tömegbe se tudtak elhelyezni, azt a titulus végére, mint appendixet függesztették. A Digesták iskolai tanítás és joghasználat czéljából készültek. Az iskolai tanulás megkönnyebbitésére 7 parsra voltak felosztva. A Digesták a Justinianus-féle codificatio legfontosabb része, melynek minden jogos és jogtalan megtámadtatás daczára a legnagyobb historikus értéke van ránk nézve, mert megörökítette számunkra a római jogtudományt.

Justinianus ezen munkájával minden kétségnek véget akart vetni, s e czélból előzőleg 50 decisiót (döntvényt) adott ki a vitakérdések eldöntésére. Minthogy ezek nem egyebek, mint császári constitutiók, de a codexben nem foglaltattak, a codexet ujból átdolgoztatta *Codex repetitae praelectionis* czímen. Az eredeti codex nem is maradt reánk, hanem csak ez a bővített kiadás.

Justinianus ezeken kivül egy rövid bevezető tankönyvről is akart gondoskodni a tanuló ifjúság számára, és Tribonianus s két segédje, Theophilus és Dorotheus által „*Institutiones*" czímen ki is dolgoztatott egyet. Tribonianus erre a czélra Gaius Institutióit dolgozta fel. A kis mű átalakitott Gaiusnak nevezhető, a sorrend is olyan, mint Gaiusnál. Justinianus ezt is mint törvényt és tankönyvet publicálta.

Idáig tehát 3 részből áll a Corpus iuris: az Institutiok 4 könyvéből, a Pandekták vagy Digesták 50 könyvéből s a Codex Constitutionum 12 könyvéből. Ezek 522—534 közt látták napvilágot, de érvényre nézve egyszerre keletkezetteknek kell őket tekinteni. Justinianus bevezetésében ugyan azt mondja, hogy művében ellenmondás nincs, tényleg azonban sok benne az *antinomia.*

Justinianus munkája ezzel be lett volna fejezve, de törvényhozó szenvedélye magával ragadta, úgy, hogy 35-től kezdve minden esztendőben újabb consti utiókat adott ki. Ezeket a középkorban összegyüjtötték, és mint *Novellae legest* 138 könyvben 3 kö-

tetben a corpus iuris civilishez csatolták. Ezeknek nevezetesebb gyűjteményei az *Authenticum* és az *Epitome Juliani* név alatt ismeretesek.

Justinianus törvényhozása a corpus iuris civilis gyűjtőnevet csak a 16. században nyerte Godofredus nevü franczia jogtudóstól.

*) A szigorlatokra készülőnek ajánlom, hogy a történeti részből még pótlólag így készüljön:
Kajuch: 14 66-ig (a jogtudósok közül csak az általunk emlitettek életrajzát és müködését.). Vécsey: 13—141. oldal közti részből az illető korszak területe, népessége, kormányzása, jogforrásai és jogi oktatása czímü, a 95-ik oldalon: Bölcsészet és jogtudomány, a 123-ik oldalon: A római jog 565-től 1453-ig, és a 126-ikon: A glossatorok, kommentatorok, humanisták feliratu §-okat A római jog iránt érdeklődő pedig itt olvassa el Sohm institutióinak megfelelő részét is.

3. §. A római jog történetének vázlata a glossatoroktól máig.

A pandektajog története 800 esztendő történetét foglalja magában: a glossatorok idejétől a mai napig. Ezt a történetet még nem írták meg. Savignynek van egy: „Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter", czímű műve, de a glossatoroknál tovább nem jutott. Egy másik nevezetes mű Stinzing: „Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft im Mittelalter" ; ez is a pandektajog története, mert jogtudomány más nem létezett, mint római jog, s csak e században keletkezett a germanisták iskolája.

Madártávlatból nézve, a pandektajog tudományának történetében bizonyos két szélsőség korlátozza egymás túlzásait az actio és reactio törvényének megfelelően. Volt egy irány, a mely inkább a forrás szövegéhez tartotta magát, és annak a szövegnek mentől mélyebb ismertetését tűzte ki czélul, megfeledkezve annak kiderítéséről, hogy a byzanczi codex a practikus életnek mennyiben felel meg. Ezt az irányt nyomon követi a másik, a mely a gyakorlati élet nevében azt mondja, hogy a corpus iuris jogán változtatni kell; ez usus modernust akar fejleszteni.

Igy a *glossatorok*, a kik a 12-ik században a római jogot újból felfedezték, a corpus megismertetését, mint önczélt tűzik ki, ők más jogot nem ismernek.

Másfél század mulva a *postglossatorok* előveszik a corpust, és alkalmazni próbálják. A német és olasz fejlődő városi élet, a városi kereskedés, és ipar érvényesítik ekkor igényeiket a iustinianusi joggal szemben. És ha az akkori élet követelményeit a corpus iuris nem fedi, akkor a postglossatorok (commentatorok) pia fraus-sal beleolvassák, a mire szükségük van.

Ismét másfél század múlik el, míg fellépnek Cuiacius és Donellussal élükön az úgynevezett *franczia humanisták*, kik ismét az eredeti szöveghez ragaszkodnak. Ez iskolának egyik oldalhajtása a

hollandi elegáns iskola, melynek jelszava: inkább a virág, mint a gyümölcs.

A 17. század látja a *német practicusok* iskoláját (Carpsow), a mely az usus modernust hangoztatja, tehát már bevallja a corpus iuristól való eltérni akarást. Még inkább practicus a 18. században a *rationalistikus* (*észjogi*) *iskola*.

E században ismét a *historikus* iskola visszatér a corpus iuris civilishez, és Savigny legsújtóbb itélete, ha valamire kisüti, hogy az „nem forrásszerü", az „ujabbak visszaélése."

A hatvanas évek óta és jelenleg is a practicus irány az uralkodó, a mely erős kritikát gyakorol a corpus iurissal szemben. Ennek legfőbb képviselői: Kunze, Windscheid és Ihering, a ki azt a mottót állítja fel, hogy: „a római jogon keresztül, de azon túl" kell haladni. A római jog megismerése tehát nem önczél, hanem eszköz.

ÁLTALÁNOS RÉSZ.

I. FEJEZET. A JOGSZABÁLYOK ÁLTALÁBAN.

5. §. A tárgyi jog fogalma.

A jog tárgyi értelemben az *állami parancsoknak összessége*. Parancsok alatt állunk mi az életben, az élet minden területén nemcsak a jog, hanem az illem, az erkölcs, a vallás részéről is. Ezek a parancsok hol összeillenek, hol különválnak. Némely dolgot tilt az illem, de az erkölcs és a jog nem; másokat az illem és erkölcs, de a jog nem, és így tovább. A különbség az illem, az erkölcs és a jog parancsai közt azonban nehezen határozható meg, ez idő és hely szerint más-más. Határt közöttük vonni nem lehet. A köszöntést nálunk az illem, Kinában a jog szabályozza. Bizonyos parancsokat, a melyeket egy időben és helyen az erkölcs szab, máshol vagy más időben a jog szabja. Elvileg tehát meghatározni, hogy mi kell, hogy tartalma legyen a jog, mi az illem és erkölcs parancsainak, nem lehet. A különbség nem a tartalomban, hanem a külső formában van. Jogi parancs az, a melyet az állam bocsát ki. Ellenben az illem és az erkölcs parancsait nem az állam bocsátja ki és tartja fenn — felállítja, fentartja és ellenőrzi a társadalom. (Hogy mi a társadalom az állammal szemben, az a jogphilosophia körébe tartozik.) És valeat, quod valet: az erkölcs és illem parancsai néha erősebbek, mint az államnak, a jognak parancsai. A társadalom parancsait követjük akkor is, ha helyességüket belátjuk, de akkor is, ha félszegnek találjuk őket. Ilyen pl. a párbaj. A jog, az állam tiltja, de a társadalmi parancs annyira erős, hogy ennek engedelmeskedünk, jobban félünk ennek, mint az államnak büntetésétől. Mert az állam is, a társadalom is gondoskodik róla, hogy ne csak parancsoljon, hanem hogy eszközei is legyenek, a melyekkel a parancs meg nem tartását megtorolja. De azért nem állíthatni, hogy mi a különféle parancsokat csak azért követjük, mert ezektől az esközöktől félnénk. A mi nevelésünk olyan, hogy a parancsot már csak azért is megtartjuk, mert parancsolva van. Hozzájárul ehhez még az is, hogy tudjuk, hogy úgy a jog, mint az illem és erkölcs végső gyökere az emberek érdeke, haszna.

A jognak ezt a definitióját, „hogy az állami parancsok összessége“, sokan nem fogadják el. Azt mondják, hogy a jog nemcsak parancsol, hanem tilt is, enged is, kijelent és magyaráz is. De könnyű belátni, hogy ezek a többi formái a jognak vagy más kijelentési formái a parancsnak, vagy egyáltalában nem jogszabályok. Modestinus azt mondja: legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire. Ebből az imperare jelenti a parancsot, a vetare a tilalmat, a mi csak más formája a parancsnak, t. i. a nem tevés parancsa. A permittere nem valódi jogszabály, a punire még kevésbbé az. Mert nem a törvény, nem a jog büntet, a törvény csak parancsolja azt a cselekményt, melyet mi büntetésnek nevezünk. A törvény nem akaszt, hanem csak parancsolja a birónak, hogy ő itéljen el, a hóhérnak, hogy akaszszon.

Mások ismét tagadják, hogy a jog csak állami parancs volna. Azt mondják, hogy a jog képzelhető más közületben is, nemcsak az államban, pl. az egyházjog, a nemzetközi jog. Kétségtelen, hogy az államokon kivül is vannak körök, a melyeknek parancsait az emberek követik. De ez a körülmény a parancsot még nem teszi joggá, mert hisz ekkor a tiltott egylet szabályai, a rablóbanda rendjét fentartó szabályok is jog volna. Pedig ezek mégse jogparancsok, hanem jogellenes parancsok. Ha ezt a kriteriumot, hogy "állami", elvetjük, elvesztünk minden határszabást a jogszabály és minden más szabály között.

A jog főformájában, a törvényben, azonban gyakran olyan is van, a mi nem jogszabály, pl. Deák Ferencz, vagy a millennium emlékezete. Törvénynek ez is törvény, de a törvény nem mindig jogszabály, ép úgy, mint nem minden jogszabály törvény. A corpus iuris civilis is törvénykönyv, de vannak benne idézetek Homerosból. Ez azért még nem jog, épúgy, mint nem jog, ha Paulus azt fejtegeti, hogy a possessio a sedesből származik (A mi különben is helytelen.) Ezek a tételek nem parancsok, tehát nem jog, (feltéve, hogy a grammatikai látszat nem csal).

6. §. A jogszabályok nemei: *A*) alakjuk szerint.

Bármi is egy jogszabály tartalma, lényeges az, hogy parancsot foglal magában. De ez a parancs nincsen egyforma alakban kifejezve: az alak tehát nem lényeges. Ma a jogszabályokat többnyire irott szavakban fejezzük ki, — nem így hajdan, és ma sem mindig. Így beszélünk *szövegezett* és *szövegezetlen* jogszabályokról. Továbbá vannak jogtételek, a melyek magukban véve kifejezik a jogparancsokat, míg másoknak nincs önálló existentiájuk, hanem kiegészítenek más tételt. Vannak tehát *önálló* és *önállótlan* jogszabályok. Vannak végül jogszabályok, a melyek a parancsot közvetlenül kifejezik, mások csak közvetve: azok *közvetlen*, ezek *közvetett* jogszabályok.

1. **Szövegezett és szövegezetlen jogszabályok.** Vannak jogparancsok, a melyek, hogy léteznek, azt jól tudjuk, de szószerinti szövegüket senki sem tudja. Ezek szövegezetlen jogszabályok. A 10 parancsolat és a XII táblás törvény szövegezett jogszabályok, azok volnának, ha le se volnának írva. Lehet tehát a jogszabály szövegezett, ha le sincs irva. A szövegezetlen jogszabály fogalma e szerint nem esik össze a ius non scriptummal: a szokásjoggal. (A szokásjog is lehet szövegezett, akár élő szóval, akár írásban, pl. Verböczy.)

Szövegezett jogszabályok: *a*) **közvetlenül kifejezett jogszabályok.** Ennek a legtermészetesebb formája a parancs; ilyen a XII. táblás törvény (urito, ito, stb.), a 10 parancsolat. De a mai törvények nagyobb világosság kedvéért nem így beszélnek, sőt a modern nyelv nem is az imperativussal, hanem az indicativussal parancsol, pl. nem köthetnek házasságot stb., vagy : a gyámhatóság nem határoz stb., vagy: ha a szerződés teljesíttetik, a bánatpénz visszaadatik. (De mindjárt utána áll: visszaadandó a bánatpénz, ha stb.).

b) **Közvetetten kifejezett jogszabályok.** Ide tartoznak:

α) *a hallgatólagosan parancsoló tételek.* Például a büntető törvény sehol sem mondja: ne lopj, hanem csak azt mondja, a lopás így és így büntetendő. De azért ebben benne van a parancs is, közvetetten, hallgatólag.

β) *jogosító tételek:* A keresk. törv. 272. §-a feljogosít a lucrum cessans követelésére is. Ebben közvetve ki van fejezve a parancs is: ha kártérítéssel tartozol, fizesd meg az elmaradt hasznot is. A jogosító tétel csak a másik személy szempontjából fejezi ki a parancsot, nem annak a személynek a szempontjából, a kihez a parancs intézve van. Igy, ha a tulajdonjog abban áll, hogy kizárólag én használhatok egy dolgot, az a másik oldalon parancskép úgy hangzik, hogy senki mas e dolgot ne használja.

γ) *utaló tételek:* pl. ebben és ebben az esetben a 215. § alkalmazandó. Ez a tétel közvetlenül a 215. § alkalmazását, és így közvetve az abban foglalt parancsot parancsolja. Az utaló tételek alá tartoznak a *képzelmi* (*fictiós*) tételek, és pl. a keresk. törv. 468. §-a: „A bevezetés megtörténtnek tekintetik, ha a biztosító a biztosítási ajánlatot annak vételétől számítandó 48 óra alatt vissza nem utasította.“ Itt nincs direct utalás, hanem az állam egy tényállásra rendeli ugyanazt, a mit rendelt egy más tényállásra, mondván: a B. tényállást tekintsd úgy, mintha az A. tényállás történt volna. De az eredmény egy: a képzelmi tétel kerülőtttal utal.

2. **Önálló és önállótlan jogszabályok.** A törvényben találunk néha egy mondatot, mely magában véve parancsot nem foglal magában, de egy másik tétellel együtt értelmezve már kifejezi a parancsot. Az ilyen *önállótlan* tételnek nevezhető, és fajai:

a) *Tagadó tételek:* „xy esetben ezt nem parancsolom.“ Ez csak egy parancsoló tétel kiegészitése lehet. Pl. 1894. XXXI.: az

eljegyzésből kereseti jog a házasság megkötésére nem származik. Vagy: a játékadósság nem kötelező. Ezeknél a főtétel: szerződésekből vállalt kötelezettségek teljesítendők, kivéve stb. Az ilyen tagadó tételeket tehát a főtételek mellé kivételeknek lehetne írni, mert ezeknél a parancs be *nem* áll, vagy *már* be *nem* áll; pl. 3 év múlva az eljegyzésből kártérités nem követelhető. E csoportba tartozik a *megengedő* tétel is, a mely tagadása a tiltó tételnek, kivétel a tilalom alól, holott a tagadó tétel kivétel a positiv parancs alól.

b) Fogalom-meghatározó tételek (Rechtsentwickelnde Sätze): „ezen meg ezen szó alatt ez meg ez értendő." Ez nem parancs, nem parancsolhatja meg nekem senki, hogy mit értsek egy bizonyos szó alatt, mert parancsolni csak cselekvényeket lehet. Ez magyaráz, megmagyaráz más parancsoló tételt. És ezért ezt is ki lehet küszöbölni, ha t. i. beveszszük a főszabályba. Tényleg csak stilaris okokból különítjük el. Az ilyen fogalom-meghatározó tétel még akkor sem parancsol, ha parancs alakjában jelen is meg, pl. „a végrendeleti tanúknak együtt kell lenniök." Ez még sem parancs. A parancs az, hogy a végrendelet rendelkezéseinek eleget kell tenni. Már most, hogy mit kell értenünk végrendelet alatt, egyebek közt a törvény azzal is magyarázza, hogy az a jogügylet, melynél a tanúk együtt vannak jelen; de együtt kell jelen lenniök, különben nincs végrendelet. Itt tehát a parancsoló forma nem jelent parancsot, ép úgy, mint viszont gyakran nem parancsoló, hanem jelentő, állító módban parancsolunk.

7. §. A jogszabályok nemei: *B)* egymáshoz való viszonyuk szerint.

Az állam, midőn a jogparancsokat kibocsátja, azt akarja, hogy azokat kövessék is. De minden parancs daczára lehetséges, hogy az emberek még sem követik. Ezzel szemben az állam védtelen, mert engem nem kényszeríthet, hogy én sohasem cselekedjek olyat, ami neki nem tetszik. Arra, hogy a parancsoknak a követését annyira a mennyire biztosítsa, az államnak rendelkezésére más nem áll, mint megint csak a maga parancsai, jogszabályai. Arra az esetre, hogyha valaki a jogparancsot nem követné, ismét jogparancsot bocsát ki. Azt mondja a jogszabály az adósnak: fizess. Hogy az adós ennek eleget tegyen, azt úgy biztosítja az állam, hogy parancsot bocsát ki a biróhoz: marasztald el az adóst, illetve a végrehajtóhoz: hajtsd be az adósságot, — ha a biró vagy végrehajtó nem engedelmeskednék e parancsnak, ott van már a másik: te fölöttes hatóság, büntesd meg a birót, végrehajtót; s így tovább. Ha az első parancstól kiindulva az egész lánczolaton végig megyünk, azt látjuk, hogy számos másodtétel fűződik az első jogtételhez. Azonban, mint minden láncznak, ennek is vége szakad, felmegy a legfelsőbb bírósághoz, felmegy a ministerhez, mondjuk a parla-

menthez, sőt ha ez sem engedelmeskedik a jogi parancsnak, a királyhoz, a ki feloszlathatja a parlamentet, de ennél több jogi kényszer nincs, mert a király elleni forradalom már nem jogi kényszer. Igy tehát az egész a levegőben lóg, de mégis elég biztos, mert psychologiai okoknál fogva, ha 20—25 tétel közől egyik-másik nem is talál követésre, a többi, vagy legalább is egy mégis követésre talál és ez már elég. Tehát nagyjában a jogrend mégis biztosítva van.

A jogtételek közt tehát a következő viszonyt lehet constatálni: vannak jogtételek, melyeknek követése az állam czélját képezik (adós fizess!) és vannak további tételek, melyek csak e czél elérésére vannak eszközül felállítva. Az előbbiek az *első tételek*, az utóbbiak a *másod-tételek*. Ezek azonban relativ fogalmak. Az adósra nézve az, hogy fizess, az első tétel, a bíró kötelessége rá nézve csak másodtétel. Már a biró szempontjából az, hogy marasztald el az adóst, primär tétel, és rá nézve secundär tétel az, a mely a fegyelmi hatósághoz van intézve. A másodlagos tétel az elsőnek *sanctiója*.

Ebben az apparatusban, ezekben a parancsokban van a jogrend, az állam óriás hatalma. Némelyek azt mondják, hogy az állam kényszerít, sőt ezt a kényszerítő hatást be is viszik a jog definitiójába. De az akasztófa, a börtön nem az állam kezében van, hanem az emberekében, a kiknek az állam parancsol. Az állam kényszerítő hatalma tehát csak tropus, és legfölebb abban a valószínűségben áll, hogy az egyik adressatus (az adós, a biró, a fegyelmi hatóság stb.) majd csak fog engedelmeskedni.

8. §. A jogszabályok nemei: *C)* kényszerítő erejük szerint.

I. A tényállás és joghatás egymáshoz való kapcsolódása szerint.

Az állam az ő jogparancsait kétféleképen bocsátja ki. Vagy esetről-esetre parancsol, vagy, és ez a rendes, nem in concreto, nem cathegorice hozza meg a parancsot, hanem hypothetice és generaliter: ha ez meg ez a tényállás megvalósul, akkor legyen ez vagy amaz. Ez megfelel a formula schémájának: si paret . . ., condemna. Tehát nyelvtanilag a jogszabály összetett mondat, melyben csak a főmondat a parancs, a feltételes mellékmondat pedig az úgynevezett tényállás. Már most a parancsnak, az ú. n. joghatásnak a feltételhez, a tényálláshoz, való kapcsolódása lehet többé vagy kevésbbé stringens. És e szerint a jogtételek hármas alakulatot mutatnak.

a) *Absolut jogtétel*. Ennek schémája: ha ez és ez a tényállás beáll, akkor parancsolom ezt vagy amazt, tekintet nélkül a benne érdekelt felek akaratára. Pl. Ha valaki másnak testi behatás által kárt okoz, akkor ezt térítse meg. Ha ma lépten nyomon azt halljuk, hogy a socialismus tért hódít a magánjogban, ez a következőt je-

lenti. E század derekán az volt körülbelül a gazdasági elv (manchesteri iskola), hogy a felek szabadon szerződhetnek: contractus contrahentibus legem ponit. Ezzel szemben napról-napra kezd hódítani az az álláspont, hogy az állam ne adjon szabad kezet a feleknek, hanem absolut parancsokat bocsásson ki, hogy így megvédje a gyöngéket az erősebbekkel szemben. Ilyen már sok helyütt a munkás szerződés, a biztosítási szerződés stb. Ezeket az absolut jogtételeket másként cogens, praeceptiv jogtételeknek szokták hívni, sőt a források publicus tételeknek is nevezik: ius publicum est, quod privatorum pactis mutari non potest.

b) Dispositiv tételek (ezt az elnevezést rendszerint más fogalom kifejezésére szokták használni). A jog igen sokszor felhatalmazza a feleket, hogy bizonyos esetekre ők maguk mondják meg, mi legyen a joghatás. Ilyen az a szabály, a mely nekünk megengedi, hogy végrendeletet csináljunk. Ehhez a felhatalmazáshoz aztán hozzáteszi: és a mint ti mondani fogtok, azt én jogrend már előre is jóváhagyom. Tehát a fél rendelkezése nem a fél akaratából, hanem az állam, a jogrend akaratából nyeri kényszerítő voltát. A törvény in bianco aláirja az irást, a melyet én ki fogok tölteni. Az ilyen jogtételeket sokan (pl. Binding) blankett jogtételeknek nevezik. Ilyen az eset, valahányszor mi jogügyletről beszélünk. Ez is cathegoricus tétel, mely tartalmát ugyan tőlünk. de parancs —, jog — minőségét az államtól kapja. Az, hogy annak. a mit mi megállapítunk, köztünk jogi ereje lesz, az a törvényben néha ki van mondva, de többnyire csak burkolt alakban. Igy találjuk a keresk. törvényben: ellenkező kikötés nélkül ez és ez áll, kétség esetében ez és ez stb.

De nemcsak a felekhez fordul a törvénynek ilyen felhatalmazása, hanem sokszor a biróhoz is, pl. az adiudicatio esetén, vagy az egyéb bonae fidei iudiciumokban. A biró fel van jogosítva arra, hogy a jogszabályt a saját legjobb belátása szerint hozza meg. És így a biró csinál in concreto jogtételt, még pedig nemcsak akkor, ha erre fel van hatalmazva, hanem akkor is, ha akár tudatlanságból, akár rosszakaratból törvényellenes itéletet hoz, és az jogerőre emelkedik. Ez az itélet ép úgy parancs lesz, melyet meg kell tartani, mint a törvény, tehát meglevő jog, alapján hozott helyes itélet.

c) Subsidiär vagyis pótló jogtételek. Ha a felek a nekik adott felhatalmazással nem élnek, és maguk meg nem állapítják a fentebb dispositiv jognak nevezett tételt, akkor az állam azt mondja: álljon be ez és ez a parancs. (A legtöbben ezt nevezik dispositiv szabálynak vagy ius permittensnek. Igy a mi institutio könyveink is.)

A háromféle jogtételnek legjobb példája az öröklés három alapja. A szükségörökség vagy köteles részi örökség . . . absolut jogtétel; a végrendeleti öröklés . . . dispositiv; a törvényes vagy végrendelet nélküli öröklés . . . . subsidiär tétel.

2. A sanctio szempontjából.

A büntető jog bizonyos cselekményeket tilt, mert ki akar kerülni bizonyos ártalmas eredményt. Nem akarja, hogy pl. az ember akár szándékosan, akár gondatlanságból öljön, ezért tiltja a vágást, az ölést stb. De vannak cselekmények, melyek tiltva vannak tekintet nélkül az eredményre, pl. az utczán való lövöldözés. (Végső elemzésben ugyan ezt is csak azért tiltja, hogy kikerülje a káros eredményt.) A jogrend tiltja tehát vagy az eredmény létrehozását, vagy tilt cselekményeket tekintet nélkül az eredményre. Ez aztán ismétlődik az egész jog, így a magánjog területén is. Itt is vannak eredmények, miket az állam ki akar kerülni, de kikerülhet a nélkül, hogy a hozzájuk vezető cselekményeket megtiltaná. Pl. az ügyleteknél. A joghatás tartalmát a felek állapítják ugyan meg, de ez a hatás csak azért és annyiban fog beállani, a mennyiben és mert az állam úgy akarja. Ha az állam azt mondja, hogy én az ügyletnek nem adom meg a hatást, akkor hiába van az ügylet Az állam itt beéri tagadó, tehát önállótlan tétellel. Ilyen pl. az a tétel, hogy bármely teljesítés kikötése azon esetre, ha a házasságot meg nem kötnék, semmis. (Ez a § különben helytelenül van szövegezve, mert csak a felek, a jegyesek közt akarja ezt a kikötést tiltani, mások közt nem). Más példa a senatusconsultum Velleianum. A törvény nem tiltja a nőnek, hogy kezességet vállaljon, vállaljon, ha tetszik, csakhogy a jog ezt nem tekinti kezességnek. A jogügylet az egyedüli eset, a hol a törvény beérheti a tagadó tétellel, minden más esetben magát a cselekményt kell megtiltania. Ezeket a cselekményeket ő megtilthatja különböző módon, kényszerítőbben, vagy kevésbbé kényszerítően, a szerint, a mint sanctiót fűz hozzá, vagy nem, és ha igen, hány másodtételt fűz hozzá. E szerint vannak:

a) *Leges imperfectae, sanctio nélküli tételek,* első parancsok, melyekhez másodparancsok nem tartoznak. Vannak, a kik ezektől a jog minőségét megtagadják. Helytelenül, mert még a sanctióval ellátott tételeknél is a lánczolat végén álló parancs, mint fentebb láttuk, lex imperfecta. A lex imperfecta is jogtétel, mert puszta existentiája a parancsnak már azzal a hatással jár, hogy követik. Persze az ily tétel mégis gyengébb. Ritkán fordul elő, és ma technikai törvényhozási hibának nézik.

b) *Sanctiós jogtételek.* Ez a sanctió lehet különféle. — A könyvekben a lex imperfecta ellentétének a *lex perfectá*-t állítják, csakhogy ez nem talál. Téves már a rendes meghatározás is, hogy a lex perfecta olyan tiltó törvény, melynek ellenére tett cselekménynek hatását a jog megtagadja. Ez túltág definitio. Mert a lex perfecta csak *ügyleti cselekményeket tiltó jogtétel*. lehet, a mely ügyleti cselekményektől a jogrend megvonja sanctióképen a hatást (így Kajuch is a 16. oldalon); pl. semmis az olyan házasság, a melyet cselekvőképtelen ember köt; de nemcsak semmis, hanem tilos is.

Ez igazi lex perfecta, nem pl. a fent említett: semmis a jegyesek közt kikötött kötbér, mert ez semmis ugyan, (nem lesz hatása), de nem tilos (t. i. a cselekmény). Már a lex imperfecta nemcsak az ügyleti cselekményeknél fordulhat elő.

A lex perfectánál a jog tovább mehet. Nemcsak megtagadja a hatást a tiltott ügyleti cselekménytől, hanem a cselekmény végbevivőjét még bizonyos kellemetlen következményekkel, büntetéssel, sújtja is. Az ilyen hatással járó törvények a leges plus quam perfectae. Ilyenek a mi házassági törvényünknek a tilos házasságról szóló összes §-ai.

Megfordítva, vannak esetek, a mikor a jogrend a tilos ügyleti cselekmény elkövetőjét joghátránynyal sújtja ugyan, mert a cselekmény hatását ki akarja kerülni, de ha már a cselekmény megtörtént, nem szivesen bár, de megadja a joghatást. A törvény nem akarja, hogy az özvegy nő 6 hónap előtt férje halála után házasságot kössön. Ha mégis megkötné, a házasság kötés fontos actus lévén, érvényes marad, de a jog az actus elvégzőit megbünteti. Ezek a leges minus quam perfectae.

A hatás megvonása az államnak csak az ügyleti cselekményeknél áll rendelkezésére, mert a mint ő adja, úgy ő meg is tagadhatja a jogi hatást. (És megtagadja vagy rögtön, vagy nem rögtön, hanem csak az esetre, ha bizonyos erre jogosúlt személyek kivánják, pl. a megdönthető házasság.) De a mikor az emberek nem jogi, hanem physikai hatást akarnak előidézni, pl. egyik a másikat megöli, akkor az állam a cselekményt ugyan megtilthatja, de a hatást, az eredményt lehetetlenné, meg nem történtté nem teheti. Itt tehát lex perfectáról, plus és minusquam perfectáról szó sem lehet. Ilyenkor csak lex imperfectáról, azaz sanctio nélküli vagy sanctiós jogtételről lehet szó. (Vécsey szerint [150. old.] lex minus quam perfecta és imperfectáról csak a magánjogban lehet szó, a büntetőjogban nem).

A sanctio tudvalevőleg az első tételhez füződő másodtétel. Ennek a másodtételnek a czélja lehet kétféle: a jog vagy *büntetést* czéloz, vagy *kiegyenlítést.* Az elsőnél az állam a parancs megszegőjének rosszat, kellemetlent akar okozni csak azért, mert az neki kellemetlen, és azon czélból, hogy rosszat szenvedjen. (Hugo Grotius: Malum passionis affligitur malo actionis.) A második esetben az állam csak azt akarja, hogy a parancs megszegése által hátrányt szenvedő hátrányának megszüntetésére tétessék meg minden. Hogy ez a hátrány megszüntetése a másik oldalon gyakran kellemetlenül hat, az itt mellékes, nem ez a czélja az államnak a másodtételben, a sanctióban. Ez a kiegyenlités jelesül kétféleképen történhetik. Lehet, hogy a másodtétel ugyanazt parancsolja, mint az első, csak erösebben, és lehet, hogy az állam az első a megszegett parancs helyébe vagy mellé más valamit, surrogatum teljesítést rendel. Pl. Első tétel: adós fizess; második

tétel: ha nem fizet, akkor biró marasztald el az adósság megfizetésében. De lehet a másodtétel ilyen: te biró, marasztald el az adósság (teljesítési parancs) és időközi kamatainak (kártérítési parancs) megfizetésében. A kiegyenlítés itt tehát teljesítési és kártérítési parancs által történik. De vannak esetek, a mikor csak kártérítési parancs van, a mikor t. i. az in natura teljesítés már nem lehetséges.

9. §. A jogszabályok nemei: *D)* a bennük foglalt szabályozás különféle egyedítése szerint.

A jog kétféleképen szokott parancsolni: vagy *concrete*, (hogy azt mondja: A tegye meg ezt vagy azt), vagy *abstracte, generaliter, hypothetice*. Az utóbbi a rendes (Celsus: Leges non in singulares causas, sed generaliter constituuntur). *Individualis* vagy *concret* jogszabály (*ius speciale*), pl. hogyha a törvényhozás azt mondja, hogy ez a budget elfogadtatik. Ilyen individualis jogtétel minden dispositiv jogtétel is, továbbá minden bírói itélet is. Ez az individualis jogszabály néha egyenesen kivétel valamely abstract jogszabály alól. Ilyenkor úgy hivjuk, hogy *privilegium, lex in privos data, constitutio personalis*.

Fontosabb a *generalis* vagy *abstracte* szóló jogszabály. Itt beszélünk *ius commune*-ról és *ius singulare*-ról. Az első az összes hasonfajtáju esetekre vonatkozik, a mint Cicero mondja: legis haec virtus est: scitum et iussum in omnes. Ellenben vannak jogszabályok, a melyek nem mindenkire, hanem csak szűkebb körökre vonatkoznak. Ez a ius singulare. Ennek kihatása szélesebb, mint az individualisan szóló szabályoké, mert azok csak egy concret emberre, ügyre, dologra vonatkoznak, de szűkebb, mint a ius commune-é, mert ez meg mindenkire és minden ügyre vonatkozik. Ilyen ius singulare a kereskedelmi törvény, ez pl. nem minden adásvételről szól, nem is egy adásvételről, hanem a kereskedelmi adásvételről. Ilyen a kiskoruak joga, a nők, a katonák joga stb.

[Megjegyzés: Az összes kézikönyvek itt Schwarzzal ellentétes terminusokat használnak. A mit ő ius singulare-nek nevez, az mindenütt mint ius speciale (Zsögöd szerint: szakjog) szerepel. Ellenben ius singulare alatt az általános jogelvekkel ellentétes egyes szabályt értenek, idézve Paulust: ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum est. És felállítják kellékül, kogy a singularis jog analog kiterjesztést nem tűr meg. Mint ellentétes jogot, sokan a ius singularet ius extraordinariumnak nevezik. (Ez a terminus az institutiókban történeti fogalmat is jelöl, t. i. a császári jogot, mert a császár idejében a peres eljárás extraordinaria cognitio volt. Vécsey 146.) Mi a továbbiakban a Schwarz terminusait használjuk.]

Schwarz szerint a singularis jog is rendes jog és nem áll az, hogy analogikus jogmagyarázatnak nem volna helye. Csak kiterjeszteni nem szabad analogice. De kiterjeszteni jogot egyáltalában nem

szabad. Az igazi értelmén túl bővíteni nem szabad sem a ius communet, sem a ius singularet.

A ius singularet (a kézikönyvek szerinti ius speciale-t) sokan ugyancsak *privilegiumnak* nevezik. A privilegium szó tehát kétféle értelemben használatos: szűkebb, mint kivételes ius speciale (Schwarz-féle értelemben), és tágabb értelemben, mint ius singulare (a kézikönyvek szerinti ius speciale.) Mindkét értelemben a privilegium vagy személyekre, vagy dolgokra, vagy esetekre vonatkozik. Igy vannak privilegia personae, rei és causae. Pl. privilegium personae tágabb értelemben a katonák joga, szűkebb értelemben „A" számára valami engedély vagy hátrány. Privilegium rei tágabb értelemben: a nemesi birtokok joga, szűkebb értelemben: egy bizonyos telek adómentessége vagy különös megterhelése. Privilegium causae tágabban: a játékadósságok be nem perelhetősége, szűkebben: bizonyos állampapir számára engedett, a törvényes kamatlábnál magasabb kursus.

Beszélnek még privilegia onerosa és gratuita (ingyenes és ellenszolgáltatással járó privilegiumról), conventionale és non conventionaleról; ez azonban nem a jogi alapra, hanem adományozásuk minőségére vonatkozik.

Eredményünk tehát, hogy:

ius speciale — egy bizonyos individualis emberre, esetre vagy dologra vonatkozó jog,

ius singulare — az individuumok (emberek, dolgok vagy esetek) kisebb nagyobb körére vonatkozó jog;

ius commune — generalis jog, tekintet nélkül az individuumokra.

Ugyanezen fejezet alá tartozik a jognak egy más osztályozása is. A szerint, a mint a jogszabály az esetnek egyedi vonatkozásait a rendezésnél jobban vagy kevésbbé veszi tekintetbe, beszélünk *ius strictum*-ról és *ius aequum*-ról. Azt szokás mondani, hogy az életben nem fordul elő két eset, mely teljesen egyenlő. Igy eszmeileg egy jogszabály sem illik két esetre. Ennek következtében az eszmei jogrendezés az volna, hogy annyi jogszabály legyen, a hány jogeset. De ez technikai lehetetlenség. A codex § ainak száma véges, az esetek száma végtelen. A jog sohasem szabhat ruhát az egyes esetre, hanem uniformist ad. (Ugyanezt a képet használja a római jog a pactum vestitum és nudum fogalmainál). Azonban az élet mégis követel némi remediumot, mert az uniformis gyakran mégis drasticusan hat. Az általános szabály és az individualis szükség között egy compromissum növi ki magát, és ez a compromissum: a ius aequum. A jog azt mondja: én ius commune-nak ezt és ezt a szabályt fixirozom, azonban ha ezen körön belül bizonyos esetek adják elő magukat, a melyeket én előre nem láttam, akkor a bíróra bízom, hogy ő a jelen esetnek megfelelően itéljen. Ius dispositivumot bocsát ki: tantum

condemna, quidquid facere dare oportet *ex bona fide*. Ez ismét azzal a hátránynyal jár, hogy esetleg a bíró nem akar vagy nem tud az esetnek megfelelően eljárni. Ezért a mult század végén Bentham kiadta a jelszót, hogy minél kevesebbet kell a bíróra bízni, mert a bíró helytelen intézkedéseiből kiérezhető először is a személyes él: *engem* sújt, és másodszor: *csak* engem sújt, holott a helytelen törvény sokakat sújt, nemcsak engem. De csakhamar belátták, hogy bár a törvény mindenkivel szemben vak, de mégis csak vak, holott a bíró, ha néha félre is üt, mégis lát. És ezért 1—2 évtized mulva ismét előtérbe lépett a bírói arbitrium.

Ius strictum tehát az a jogrendezés, mely typice, abstracte és megváltozhatatlanul rendezi az ügyeket, ellenben ius aequum az, a mely nem rendezi előre, hanem a bírói szabad belátásra bízza. Igy áll antithesisben a két csoport. De az életben vannak fokozatok: a ius strictumnál sincs kizárva a birói arbitrium, és a ius aequum sincs minden előleges rendezés nélkül.

*) Vécsey szerint (149. oldalon): „a méltányosság az az indító ok, a melyből a jogtételeket szelidíteni igyekeztek, a jogtételek összehasonlításánál a mérték, a bírói eldöntésnél az itéletnek a jog melletti segédforrása." Szerinte nemcsak a jogalkalmazásnál, hanem a törvény alkotásnál is érvényesülhet. Ez utóbbinál eszközlői: a praetor és a jogtúdós (hát a császár?).

Kajuch szerint (10. oldalon): a törvényalkotásnál szerepel, a mikor a nemzet joga túlszigorúságának tudatára ébred Ekkor a törvényhozó hivatása a nép legújabb jogi meggyőződését, az alakulóban levő jogot, szóval a méltányosságot, a magáévá tenni, és igy jön majd létre a ius aequum, a méltányos jog.

10. §. A jogszabályok nemei: E) keletkezési forrásuk szerint.

Jogforrás alatt kétfélét értünk. Értjük alatta először is azt a tényezőt, a mely jogot alkot; ily értelemben jogforrás a törvényhozó vagy a nép, vagy a biróság. Másodszor értjük alatta azokat a közegeket, a melyekből a jogot megismerjük; ily értelemben jogforrások a feljegyzések, codexek, tankönyvek. Vannak tehát jogteremtő és jogismertető források. Mi a jogteremtőkről beszélünk e helyütt. E tekintetben 3-féle jogtételt különböztetünk meg: *a törvényes jogot, a szokásjogot és a bírói gyakorlat jogát.* A historikus iskola úgy a törvény, mint a szokásjogot egy további gyökérre kivánta visszavezetni, azt mondván, hogy a törvényjog és szokásjog ereje a népnek jogi meggyőződésében, mások szerint a nép akaratában rejlik. Ez vagy csak phrasis, vagy ha nem az, akkor nagyon veszedelmes. Mert nem ellenőrizhető, vajjon a nép vagy csak annak többsége is, ezt vagy azt tényleg akarja-e. Ily módon nem, hanem csak formai kritériumok alapján lehet megmondani, mi valamely népnél a jog, a törvény. Ezeket a kriteriumokat pedig nem a magán, hanem a közjog állapítja meg. Ez állapitja meg, hogy mi a törvény. Már a szokásjog meghatározása nehezebb.

Puchta szerint a jogot nem a törvény, a szokás alkotja, ez

csak nyilvánulási formája, megtestesülése a nép meggyőződésében már meglevő jognak. Ez egy igaz gondolatnak túlhajtása. Igaz annyi, hogy a szokásjog létrejöttéhez szükséges az, hogy azt higyük, hogy a mit mi most teszünk, az jog. De azért nem okvetlenül kell a meggyőződésnek is szerepelnie. Ellenkezőleg a szokások elterjedésénél az emberek lustasága, az imitatio, az utánzás nagyobb szerepet visz. B. látja, hogy A. tesz valamit, hát teszi ő is: hol itt a meggyőződés? Puchta szerint (így Vécsey is 151. old. és Kajuch 14. old.) a gyakorlatban csak nyilvánul a szokás, Schwarz szerint a gyakorlat által lesz. Ennek a gyakorlatnak *egyformának, hosszúnak és közösnek* kell lennie. Ezenkivül némelyek (Kajuch 15. old.) megkivánják az *opinio necessitatist*: higyék az emberek, hogy a mit tesznek, az jog (Kajuch szerint higyék, hogy szükséges; ugyanezt a törvénynél opinio iurisnak nevezik), és tényleg joggá lesz, ép úgy, mint az elbirtoklásnál kell a bona fides, az a hit, hogy tulajdonos vagyok.

A szokásjogot ius non scriptumnak, vele szemben minden más forrású jogot ius scriptumnak nevezik. Nem mintha ez sohasem volna leírva. Non scriptum marad az, ha le is van írva, és a törvény ius scriptum, még ha le sincs írva. Itt a maiori fit denominatio: ez rendesen le szokott írva lenni, holott az nem. Szokásjog mindenütt létezik, a hol emberek hosszú ideig laknak. Mert emberlélektani tünemény, hogy könnyebb utánozni, mint teremteni, és nemcsak másokat, hanem magunkat is utánozzuk. Nietzsche szerint az ember barom a csordában, mely a kolompost követi. Jogszokás volt, mielőtt írott törvény lett volna, és lesz, míg ember lesz, mert leírva és megállapítva sohasem lehet minden. És ha másban nem, fenmarad a szokásjog a joginterpretatióban. (Optima legum est interpres consuetudo). Ezen kívül van még a szokásjognak törvénypótló és törvényrontó ereje. Ez utóbbit sokan tagadják, a mint egyáltalában a múlt század végén a szokásjog gyülölt volt a jogtudósok előti (észjogászok). A felvilágosodott császárok (Nagy Frigyes stb.) kezükbe akarván keríteni a hatalmat, a szokásjognak csak annyiban adtak létjogosultságot, a mennyiben a császár ezt megengedi. Azért érvényes a szokásjogi szabály, mert a császár akarja, nem mert szokásjog. Ez a porosz Landrecht, az osztrák polgári törvénykönyv és a corpus iuris civilis álláspontja. Az ellenkező álláspontot foglalja el a történeti iskola, melynek alapitója Hugo, göttingai tanár, legnevezetesebb hívei Savigny és Puchta. Savigny: Ueber den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung czímű művében azt állítja, hogy korunk nem alkalmas codificatiora. Ezért a szokásjog ápolandó mert a népszellem és nem egyes ember bölcsességének nyilvánulása. Pedig a népszellem, mely állítólag mindenütt van, és sehol sincs, nem organismus, hanem romantikus frázis. Szerették a jogot a népdalhoz hasonlítani. De hát a népdal sem lett önmagából, azt is valaki csinálta. És a mint egyes ember dalából lesz népdal, úgy lesz az egyes ember alkotta jogból szokásjog.

És ennek semmivel sincs több értéke, mint az öntudatosan készített jognak, a törvényjognak. (Lásd Kajuch 14—16; Vécsey 150—152. old.)

A szokásjogtól meg kell különböztetni a *jogszokást, (az usance-t)*. Erről azt szokták mondani, hogy ez magától értetődik, ez a jogügylet hallgatólagos kikötése. Ha nálunk buzát vesz az egyik a másiktól, akkor az usance az, ha semmit sem beszéltek a zsákokról, hogy akkor az eladó saját zsákjaiban szállít, és a másik azokat bizonyos idő múltán visszaadja. Ez nem szokásjogi tétel, ennek nem kell így lennie, ezt nem az állam parancsolja, ez usus, melyet az emberek követnek. A szerződéskötésnél ugyanis az emberek nem fejeznek ki mindent expressis verbis, hanem in dubio mindazt akarják, a mit mások akarni szoktak. Ez a jogszokás. A szokásjog tehát jog, a jogszokás pedig egy bizonyos eljárás, mely az értelmezésnél in dubio alkalmazást nyer. De ha arról a jogszokásról a felek nem tudnak, nem alkalmazandó. Nem úgy a szokásjog: ezt mindig kell alkalmazni (iura novit curia).

A jognak harmadik keletkeztető forrása a *bírói gyakorlat*. Némelyek a szokásjog fejezete alatt, mások külön tárgyalják. A historikus iskola, különösen Puchta, azt tanította, hogy a népmeggyőződés, a mely általában a jogot teremti, fejlettebb időben a bírói karba vonul vissza. Ez is romantikus phrazis. A tény a következő: A törvény meghagyja a bírónak, hogy adott esetben mi legyen az általa kifejezendő jogszabály. De a törvény véges, az élet végtelen. A bírónak kell aztán értelmezés utján kifejteni olyan dolgokat, a melyek szavakban a törvényekben nincsenek. Ez az értelmezés néha helyes, néha helytelen lesz. De ez utóbbi esetben is, ha csak megfelel a körülményeknek és a bíróságnál állandóan követtetik, ép oly benyomást fog kelteni a publicumban, mint a szokásjogi tétel. Minden bírói itélet csak a jelen esetre mond ki jogtételt, individualis, concret jogtételt. De az által, hogy a bíróságok közösen, egyformán és hosszú időn keresztül concret jogtételként mondják ki, megteremtik az abstract jogtételt. Hogy ez sui generis jogtétel-e, vagy hogy szokásjogi tétel-e, annak eldöntése vitás. Bülow azt tartja, hogy voltaképen jogot csak a bíró teremt. Mert a mi törvényben van, az csak a bírónak szól, a törvény a bíróval szemben csak óhajtást fejez ki, hogy így és így szolgáltasson jogot. De jog csak az, a mit a bíró teremt. Ez túlzás. De túlzás a történeti iskola is, hogy a bírói jog csak annyiban jog, a mennyiben a bíró a publicum meggyőződését hirdeti. Tény az, hogy tudjuk, érezzük, hogy a bíróságnál gyakorlatban levő tétel is uralkodik, élünk szerinte ép úgy, mint a szokásjogi tétel szerint, a melyet szintén azért követünk, mert gyakorlatban van. Psychologice tehát a birói gyakorlat neme a szokásjognak.

*) Történeti szempontból a jogforrásoknak több fajtáját különböztetjük meg. Erről az institutiók történetében (4. §.) volt szó. Itt dogmatikai szempontból tárgyaljuk az anyagot.

11. §. A jogszabályok nemei: *F*) területi hatályuk szerint.

Vannak jogtételek, melyek kiterjednek minden bizonyos területen előforduló esetre, vannak ellenben más tételek, a melyek nem minden az illető területen elbírálás alá kerülő esetre terjednek ki, hanem valamely idegen területen érvényben levő tételre utalnak, tehát utaló tétellel pótoltatnak. Ha egy belföldi ember külföldön meghal, akkor az ingatlan hagyaték a belföldi jog szerint, az ingókra vonatkozó jog pedig esetleg azon ország joga szerint bíráltatik meg, melyben meghalt.

Vannak jogtételek, melyek az egész ország területére kiterjednek, mások e területnek csak egy részére. Ez a különbség az *ius universale* és *particulare* között. A maga területén a ius particulare előbbre való, és az universale csak subsidiarius jog, azaz akkor alkalmaztatik, ha a ius particulare nem intézkedik..

12. §. A jogszabályok nemei: G) időbeli hatály tekintetében.

A ma érvénybe lépő jogszabály olyan lehet, hogy, ha ebbe a materiába illő eset ezelőtt előadta magát, arra is a mai jogszabályt kell alkalmazni, míg más tételeknek ilyen visszaható erejük nincs. Ezen két véglet közt vannak átmeneti formák: többé vagy kevésbé visszaható törvények.

Egy jogszabály addig tart, míg hasonló erejű és tartalmú újabb jogszabály nem keletkezik: lex posterior derogat priori, vagy a míg be nem áll az a körülmény, melyhez a jogszabály megszűnése kötve volt.

13. §. A jogszabályok egyéb nemei.

A jogszabályoknak még számos osztályozása képzelhető a különböző szempontokból. Lehetne pl. osztályozni gyakorlati czéluk szerint: a testi, a vagyoni biztonságot, vagy az erkölcsi integritást (jólétet) óvó jogszabályok. Lehetne felosztani a személyek szerint, a kikre vonatkozik: a gyermekek joga, a gondnokoltak joga, a szinészek joga stb.

(Lásd itt Vécsey 153. oldal V. pontjától a 154. oldal II. pontjáig.)

A történeti szempontból vett osztályozásokat már a történeti részben tárgyaltuk. Itt csak még egy római jogi nevezetesebb felosztásra térünk vissza. Ulpianus felosztotta a jogot: ius civile, ius gentium és ius naturalera. Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit, és például felhozza a him és nő egyesülését stb. Ez helytelen. A him és nő egyesülése, a gyermeknemzés törvény ugyan, de nem jogi, hanem természeti törvény. A különbség ugyanis az, hogy a jogi törvény az állam nyilvánította parancs, óhaj, hogy valami így legyen, ellenben a természeti törvény, az constatál, hogy úgy van. Ulpianuson kivül ezt a beosztást nem is-

merték, hanem csak ius civilet és ius gentiumot ismertek. A nem törvényhozásilag létrejött, hanem a naturalis ration alapuló jogot nevezték ius gentiumnak. De a stoikus bölcselet arra a tudatra ébresztette Ulpianust, hogy a ius gentium egy intézménye: a rabszolgaság nem felel meg a természeti rendnek. Ezért Ulpianus a természeti rendet a ius gentiumtól különválasztotta, és megalkotta a ius naturalet. Ius civile volna egy nép, ius gentium az összes emberek, ius naturale az összes lények joga.

Ettől az ius naturaletől meg kell különböztetni azt a természeti jogot, a mely jogbölcseleti alapon századokig uralkodott, a mely csak embereknek szól ugyan, de az emberek positiv jogintézkedéseitől független, absolut értékű minden népnél, minden időben. A positiv, hozott joggal szemben egy képzelt jog, a mely a positiv jogok ideálja, czélja legyen. Ez a természeti vagy észjog két századig tényleg uralkodott a jogtudományban és a törvényhozásban, a múlt században érte el fénypontját, és még e század elején történt codificatióknál is positiv jogforrásul szolgált. (Igy az osztrák polgári törvénykönyvnél.) Ez az észjog ép oly kevéssé létezik, mint az Ulpianus ius naturaleja. De bár mint uralkodó jogrend nem létezik, a fenkölt szellemek elméjében nem fog elpusztulni, mert nem egyéb, mint tételekbe szedett eszménye az egyes korok legműveltebbjeinek. Ilyen volt az az észjog is, a mely egy Kant, egy Rousseau, Voltaire szájából lángra gyújtott egy századot, és ily értelemben a franczia forradalom és vívmányai az észjog diadala.

Ezt az észjogot tagadta az e században keletkezett iskola: a Savigny iskolája. Szerinte a jog úgy van, a mint fejlődik, organizmus, a mely magától nő, olyan, mint a nyelv, a mely szintén magától lesz. Ez a történeti iskola theóriája rányomta századunkra bélyegét (Az evolutio tana csak ujabbkori). A történeti iskola tanában annyi igaz, hogy a jog sohasem éri el az absolut tökélyt, a a jognak relativ értéke van, mert együtt fejlődik a néppel. A történeti iskola azonban szintén rabja kora philosophiájának, Hegel-nek, a a ki szerint: Alles was ist, ist vernünftig. Ez practice a legnyomorultabb philosophia, mert megölő betűje minden emberi törekvésnek. És tényleg Savigny azt a helytelen álláspontot foglalta el, hogy codificatiót nem lehet csinálni, azt magától hagyjuk nőni. (Ezt írta feleletül Thibeaunak Németország számára uj codificatiót követelő iratára.)

14. §. A jogszabályok értelmezése.

Az értelmezés inkább művészet, mint tudomány. Ha tudjuk is az értelmezés összes szabályait, még nem bizonyos, hogy tudunk értelmezni: a gyakorlat és a talentum teszi az ügyes értelmezőt. Ez a főmestersége a jogásznak, mert értelmezni annyit tesz, mint

kiolvasni a törvényekből, a szerződésekből azt, a mi bennök áll. Ezért hiábavalóság az értelmezés, a magyarázat megtiltása, a mint azt IV. Pius pápa a tridenti zsinat határozataira nézve rendelte, vagy a mint tette a porosz Landrecht, vagy a Code Napoleon szerzője.

Az értelmezéstől elvileg meg kell különböztetni azt, a mi elnevezés szerint vele rokon; az *authentikus* (*legalis vagy usualis*) *interpretatió*-t. A törvények néha homályosan, néha rosszul vannak fogalmazva. Ilyenkor sokszor a törvényhozó új törvényt hoz, a mely azt mondja, hogy ezen törvény ezen szakasza ezt és ezt jelenti. Ez azért nem igazi interpretatio. Mert ha a jogász interpretál, az nem csinál új jogot, az csak kideríti, a mi a régi tételben benne van, az ő interpretatiója azért érvényes, mert az, a mit ő mond, tényleg benne van abban a tételben. Ellenben ha az úgynevezett authetica interpretatio fekete helyett fehéret mond, az érvényes lesz, mert a régi helyébe új jogszabályt léptet. A magyarázási, értelmezési formát csak azért ha sználja, hogy az új szabályt visszaható erővel ruházza fel.

Az igazi értelmezés czélja nem új jogszabályt teremteni, hanem a már fennállónak értelmét kideriteni. De itt felmerül a nehéz kérdés, vajjon azt kell-e értelmezni, azt kell-e keresni, hogy mi áll tényleg a jogszabályban, vagy azt-e, hogy mit akart a jogalkotó benne kifejezni. Mindkét nézet talál követőkre (Kajuch a jogalkotó akaratának, Vécsey a szöveg szavainak felderítését nevezi interpretatiónak.) Az egyik nézet az interpretatiónál átkutatja az anteaktákat és épen ezért, tekintettel a jogalkotás mai szövevényes voltára, inkább a másik nézetnek van igaza. A törvényhozó akaratát már azért sem nézhetjük, mert ma annyi a törvényhozó (törvénytervezet készitője, miniszteri szaktanács, átdolgozó, igazságügyi bizottság, alsóház, felsőház stb.), hogy nem is tudhatjuk, melyiknek az akaratát nézzük. Igy ma az értelmezésnek csak az a czélja, hogy kisüsse, mi a használt szó obiectiv értelme, mert ma a törvényhozó akaratáról szó sem lehet. Ha a törvény nem azt jelentené, a mi ott írva van, akkor a közönség nem is volna abban a helyzetben, hogy megtudhassa, hogy mi a jog, pedig csak ekkor alkalmazhatjuk a törvényt. És végül a törvény gyakrau sokkal okosabb a törvényhozónál.

Szoktak grammatikai és logikai értelmezésről, mint az értelmezés két fajáról beszélni. Ez helytelen, mert ez nem két faja, hanem két foka az értelmezésnek. Mert ha nézzük is, hogy az egyes szavak, az egyes mondatok magukban véve mit jelentenek (*grammatikai értelmezés*), az egész szabályt még sem értjük, mert minden következő szó, mondat értelmezi a többit. Néznem kell tehát az összefüggést is (*logikai értelmezés*), még ha maga a grammatikai interpretatio is adott értelmet. Pl. a „választ“ szónak más az értelme a választási törvényben, más a kereskedelmi törvényben az alternativ obligatióra vonatkozólag. Ha a grammatikai értelmezés-

nél megállapodnánk, az in fraudem legis való oselekvés lehetetlen volna.

Az értelmezendő tételt nemcsak az azon törvényben foglalt más tételekhez viszonyítjuk, hanem más törvényben levő, de az ezen törvényben tárgyalt jogviszonyokkal kapcsolatban lévő tételekhez is. Ez a *systematikus értelmezés*. A systematikus értelmezésnek egy érdekes esete a római jogban a *duplex interpretatio*. Ha pl. a corpus iuris civilis egy helyét, teszem Labeonak a litis contestatióról szóló fragmentumát értelmezem, először tudnom kell, hogy mit jelentett Labeo idejében, majd, hogy mit a compilatorében. Ennek az interpretatiónak egy flagrans példája a princeps (his) legibus solutus est-féle tétel,

Ha valaminek a czélját ismerem, jobban is fogom megérteni az arra a czélra vezető eszközt. Mikor tudom, hogy mi a törvény czélja, és ebből vezetem le egyik tételének értelmét, ilyenkor beszélünk *ratio legis*-ről. De nemcsak egy törvénynek, hanem valamely jogintézménynek, sőt az egész jognak is van generalis czélja. Ha ezt tartom az értelmezésnél szem előtt, szólhatunk *ratio iuris*-ról.

Meg szoktak különböztetni *tágító (extensiv) és szükítő (restrictiv)* értelmezést. Itt az elnevezés nem helyes, mert az értelmező se nem tágíthatja, se nem szűkítheti a tételt, ő csak a logikai ertelmezés eredményét adja. Ez persze a grammatikai értelmezés eredményével szemben szűkebbnek, vagy tágabbnak mutatkozik. A tágítónak látszó értelmezésnek esete az *analogia*. Ennek helytelen definitiója : hasonló esetre való kiterjesztés ; mert hasonlóság mindig van. Ennek lényege az, hogy a törvény czélját megismervén, látom, hogy nemcsak a kifejezett utat (a meglevő tételt) akarta megtenni ; nemcsak azt akarta tiltani vagy parancsolni, a mi a törvény betüjében van, hanem mást is. A jogtételből felemelkedem tehát annak czéljáig (az elvig), és ebből vonok consquentiát olyanra, a mi nincs regulázva.

*) Megjegyzés : A jogszabály értelmezését meg kell előznie a jogszabály kritikájának, vajjon tényleg jogszabály-e az (felsőbb kritika), és ha igen, az-e a jogszabály, a mi előttünk fekszik (szövegkritika, alsóbb kritika).

2. FEJEZET. A JOGHATÁSOK ÁLTALÁBAN.

15. §. Az alanyi jog fogalma.

Minden jogtétel két részből áll : feltételező és feltételezett részből. A feltételező rész magában foglalja a tényállást, a feltételezett pedig a joghatást. A joghatás, mint már láttuk, nem lehet más, mint parancs, a melyet az állam kibocsát. Már most ez a parancs szól mindig emberekhez : egy vagy több emberhez, és

mint minden parancs, a jogi parancs is csak azt parancsolhatja, hogy az emberek valamit tegyenek, vagy ne tegyenek. Ezt a parancsot a jog valamely czélból bocsátja ki, és ez a czél mindig ember vagy emberek érdekének a kielégítése. Igy kapunk, eltekintve az államtól, két felet. Egy felet, a kinek parancsol az állam, és egy másikat, szintén egy vagy több ember, a kinek vagy a kiknek érdekében az állam ezt a parancsot kibocsátja. Az adressatusnak, a kinek parancsol a jogszabály, részén bizonyos helyzet áll elő, melyet *kötelezettségnek* nevezünk. A másik fél is bizonyos helyzetbe kerül. De míg az előbbi helyzet kellemetlen, terhes, addig ennek oldalán előnyös helyzet áll elő. Pl. az állam azt parancsolja, hogy a gyermekeket be kell oltani. Az oltási kötelezettség azok részén van, kikhez az állam a parancsot intézte, míg a gyermek részén előnyös helyzet áll elő (feltéve, hogy az oltás hasznos). De ha az orvos, a szülő stb. nem tesznek eleget kötelezettségüknek, nem a gyermektől függ, hogy mégis eleget tegyenek, ő nem kényszerítheti őket. Jogilag: ő nem indíthatja meg a másod tételt. Ellenben, ha az állam azt parancsolja, hogy a ki nekem kárt tett, az nekem azt meg is térítse, itt már én tőlem függ, ha ő ennek a parancsnak eleget nem tesz, vajjon alkalmaztassék-e a másod tétel vagy se. Míg kötelezettség a parancs esetén az adressált részén mindig előáll, addig *az én jogomról, jogosítványról* csak akkor beszélünk, mikor az én érdekemben kibocsátott parancs megszegése esetén az én kezembe adatik az, hogy a sanctiós parancs érvénybe lépjen-e, vagy se. Ez esetben szólunk *alanyi jogról.* Ez a jog szó alanyi értelemben. *Alanyi jog e szerint az a helyzet, a melyben én vagyok akkor, a mikor az állam az én érdekemben máshoz valami jogparancsot bocsát ki, úgy azonban, hogy megszegése esetére tőlem teszi függővé a sanctiós tétel alkalmazásba vételét.* Az alanyi jog az igényre való kilátásban áll. Kötelezettség tehát nem mindig áll szemben jogosítványnyal. A parancs (jog tárgyi értelemben) és kötelezettség tágabb kör, az alanyi jog, a jogosítvány szűkebb.

Az alanyi jog fogalmát az uralkodó nézet (a tankönyvek is) máskép adják. Szerintük alanyi jog: a cselekvési szabadság, facultas agendi. (Csakhogy a latin facultas agendi sem jelenti a cselekvési szabadságot. Agere annyit tesz, mint actiót indítani.) Ebben a két szóban, hogy cselekvési szabadság, két fogalom van, a mi homályos; a szabadság és a cselekvés fogalma. Grammatice ez annyit jelent, hogy nekem meg van engedve, azaz nekem nincs megtiltva, cselekvényeket végbevinni. Ez előfordul azonban ott is, a hol nincs alanyi jog, és gyakran nem fordul elő ott, a hol igenis alanyi jogról van szó. Nincs megtiltva lepkét fogni, de azért ez még nem subiectiv jog. Másrészt vannak subiectiv jogok, a hol nem tudom, hogy mi nincs nekem megtiltva. Én adok 100 frtot kölcsön. Támad követelési jogom, tehát alanyi jog. Még pedig előáll ez a jog nem azon a napon, a mikor az adósság esedékessé

válik, hanem már most. Csakhogy mit szabad cselekednem az esedékességig. Nyilván semmit, a mit ne lett volna szabad akkor is, ha nem adtam volna kölcsön. És vajjon az esedékesség idején mit szabad cselekednem? Elmehetek követelni. De hát nem követelhetek-e akkor is, ha nem adtam kölcsön. És ha viszont ön idején fizet, akkor ez a cselekvési szabadságom, a követelhetés, nem is áll elő. Már pedig furcsa jog az, amely csak akkor áll elő, ha a jog (tárgyi értelemben) meg van sértve. Ez a cselekvési szabadság definitio tehát a kötelmi jogoknál cserben hagy. Még a dologi jogoknál némileg talál, mert ott tényleg szabad sok olyat cselekednem, a mit másnak nem szabad. De ezt a tényleges lehetőséget, hogy én használhatok valamit, azt nem a jog adja meg. Mert ha a jogrend meg is szűnik, akkor is esetleg kiihatom a pohár boromat. A jogrend csak biztositás a jövőre, bizonyos kilátás nyujtása a jövőre. Azt a reményt adja, hogy a többi ember a jövőben nem fog zavarni. Ezt pedig az által adja, hogy a többi embernek megtiltja, hogy engem zavarjanak. Hogy én a dolgot élvezhetem, az nem a jog tartalma, hanem czélja. A jog az élvezet biztosítása a jövőre, nem az élvezeti lehetőség, és nem az a rész, a mely minket az élet javaiból illet. (Vécsey 1. old). A jog nem a pinczét, hanem a kulcsot, nem a kertet, hanem a kerítést adja. Az élvezeti lehetőség a czélja, nem a tartalma a jognak.

Az alanyi jog fogalmában tehát 3 elemet kell megkülönböztetnünk: az alanyi jog adva van az én érdekemben, tőlem függvén a második tétel megindítása, másodszor, az alanyi jog parancsai másokhoz vannak intézve, és harmadszor ezek a parancsok és tilalmak egy bizonyos élvezet czéljából vannak adva.

Az, a kinek az érdekében az ilyen parancsok fennállnak, *a jogalany*, (*jogosított alany*), az, a kihez ezek a parancsok intézve vannak, a *kötelezett alany*, (a kettő egy néven is: jogalanyok), a jószág, az élvezeti obiectum a *jogtárgy*. (A kötelmi jog tárgyalásánál látni fogjuk, hogy a jog tárgya alatt más értelemben azt a tevést vagy nem tevést, azt a magatartást értjük, a melyet a jog parancsol. A parancs vagy tilalom pedig a jog *tartalma*.)

Az által, hogy a jog engem ennek a jogtárgynak az élvezetében véd, bizonyos vonatkozás származik köztem és a jogtárgy között. Ez az úgy nevezett *obiectiv jogviszony*. De másrészt vonatkozás keletkezik köztem és a kötelezett alany vagy alanyok közt. Ez a *subiectiv jogviszony*.

16. §. A jogalany.

Hogy az, a kihez a jogparancs szól, csak ember lehet, az természetes. A jog azonban parancsolhat egyszerre többnek is, és akkor ezt a többet egy elnevezés alatt foglalhatja egybe. De ez

mindig csak nyelvi összefoglalása lesz az egyes embereknek. Az nem tesz különbséget, hogy nem minden embert ismerünk el kötelezett alanynak, mert hiszen vannak emberek, a kiknek nem parancsolhatunk, pl. elmebetegeknek vagy kis gyermekeknek. De míg kötelezottségi alany csak ember lehet, addig, úgy látszik, a jogalany tekintetében máskép áll a dolog. Magában véve képzelhető, sőt a história igazolja is, hogy bizonyos jogok nemcsak embereket ismertek el jogalanynak. Pl. beszéltek Szent-Péter tulajdonáról; a keleten az Apis is jogalany. Becker, heidelbergi tanár, szerint az ő lova is jogalany. Azt, hogy mi kinek az érdekét tartjuk fontosnak, az tisztán czélszerűségi kérdés, a melyre más-más időben az államok más-másképen feleltek. Vannak tehát bizonyos érdekek központjai, érdekeknek a viselői, hordozói, a kiket a jogrend véd. És ezeket mi jogalanynak nevezzük. Az, hogy valaki vagy valami az államilag védett körnek viselője lehet, az, hogy valaki alanyi jogok központja lehet, ezt a lehetőséget is terminus technikussal jelöljük meg: *jogalanyiság*. Már most azt, hogy jogalanyiságom van, vagy hogy jogalany vagyok, azt a rómaiak úgy fejezték ki: *personam sustinere,* nekem *személyiségem* van. Én jogalany vagyok, én jogszemély vagyok, nekem jogalanyiságom van, nekem személyiségem van, az mind ugyanaz. Hogy én személy vagyok, azonban nem jelent annyit, hogy én ember vagyok. Ember az, a kit a természet támaszt, személy pedig a jog terén jogalanyiságot jelent. Minthogy pedig képzelhető, hogy bizonyos jogrend nemcsak egyes embert ismer el jogalanynak, hanem más substratumokat is, ebből foly, hogy a jog terén vannak vagy lehetnek személyek, a kik nem emberek.

* Meg kell itt különböztetnünk a jogképességet a cselekvési képességtől. Jogképesség az a képesség, hogy jogalany vagy kötelezett alany lehet valaki; míg cselekvési képesség, hogy saját cselekménye által lehet valaki jogalany vagy kötelezett alany, azaz hogy jogokat és kötelezettségeket szerezhet. Történeti szempontból a római jog több fokát ismerte a jogképességnek. Ezek a fokok adták a statust. Erről lásd Kajuch 69—84 oldal (a cselekvési képességig), majd 86—92 oldal (a jogi személyig). Ehhez pótlólag Vécsey 158 oldal: születés, 160 old : a felszabadító jogai, 167 old.: a foglalkozás, 170 old.: a távollét.

17. §. A jogi személy.

Vannak esetek, a mikor tényleg fenállnak parancsok és tilalmak egy bizonyos érdek megvédése czéljából, és ha keressük az embert, a kinek az érdekében ezek a parancsok vagy tilalmak fennállanak, akkor vagy azt kell mondanunk, hogy egyáltalában nem tudjuk, vagy azt, hogy még nem tudjuk, melyik embert illetik meg ezek a jogok. Meghal A. Kik a rokonai, nem tudjuk; hagyott-e végrendeletet vagy sem, nem tudjuk. Annyi bizonyos, hogy mindazoknak a jogoknak, a melyeknek A alanyuk volt leg-

nagyobb része jelenleg is fennáll, a megfelelő parancsok még fennállanak, mintha csak A élne. Hogy kiéi ezek a jogok, arra azt kell felelni, hogy még egyelőre nem tudjuk, de meg fogjuk tudni, hogy ki az. — Valaki ellenséges fogságba jutott. A római jog szerint, ha innen ismét visszakerül, akkor az egész idő alatt jogainak alanya ő volt (ius postliminii). Ha ellenhen az ellenséges fogságban meghal, akkor a fictio legis Corneliaenél fogva a jogok alanya az egész idő alatt az örökös. Tehát a fogság ideje alatt ismét nem tudjuk, ki a jogalany, ő-e, vagy az örökösök. De itt szintén még meg fogjuk tudni. — Más eset: Egy Amerikába szökő insolvens ember hátrahagy egy íratot, melyben kijelenti, hogy összes jogait derelinquálja. Ezek a jogok már nem övéi, az bizonyos, hisz ő jogosítva van jogaival felhagyni. Uratlanokká se lesznek ezek a jogok, ebbe a hitelezők nem egyeznének bele; hanem akár csődön kivül, akár csőd útján fel fogják maguk közt osztani. De addig hozzányúlni senkinek sem szabad. Hát ki itt a jogalany addig is. Ezt egyáltalában nem tudjuk, nem is fogjuk soha megtudni. — Vagy pl. valakinek nyoma vész. Míg holttányilvánitva nincs (bár én tudom, hogy meghalt, tehát ő már nem a jogok alanya,) a jogok fennállnak, a jogtárgyakhoz hozzányúlni nem szabad, de jogalanyt nem tudunk megmutatni. Igy vagyunk az alapítványnyal is. Ki ennek az alapítványi vagyonnak az alanya? Azok, a kik kezelik? Nem. A szegények, a kiknek javára szolgál? Szintén nem, hisz különben ők rendelkezhetnének vele.

Ez a problema az irodalmat rendkívül foglalkoztatja. Az uralkodó tan abból indúl ki, hogy valamint kötelezett alany, úgy jogalany is csak ember lehet, hiszen szerinte az alanyi jog cselekvési szabadság, cselekvési szabadsága pedig csak embernek lehet. S ennélfogva kénytelen az alanyi jognál mindig keresni azt az egy vagy több embert, a ki mint jogalany szerepelhet. Minthogy azonban nem találta meg, többé vagy kevésbbé mesterséges módon próbálta kisütni. Az egész tüneményt pedig fedezte a *jogi személy* szóval és e mögött kereste az embert.

Uralkodó a *fictio elmélete* (Savigny, Puchta és az egész történeti iskola.) Tekintsünk egy testületet, egy részvénytársaságot vagy községet, államot. Vannak jogok, a melyek fennállnak ezen testület javára. Hol van az az ember, a ki ezeknek a jogoknak az alanya. Az államot ugyan sok egyes ember alkotja, de azért nem ezek a jogok alanyai: Quod universitati debetur, non singulis debetur. Ilyenkor az elmélet fictió útján képzel magának egy valakit. És ez a valaki a jogi személy. Ez nem physikai személy, nem élő ember, hanem olyan képzelt valaki: jogi személy. Csakhogy, ha igaz, hogy alany nélkül jog nem létezhetik, és jogalany csak ember lehet, akkor az által, hogy egy nem létező alany helyébe képzelünk magunknak egy embert, ez által a jog nem fog könnyebben

létezhetni. A fictio nem pótolja a valóságot. Fictiv szögre nem lehet kalapot akasztani.

A másik theoria a *Ihering-é: a valódi és színleges személy elmélete.* A mit jogi személynek nevezünk, az csak név, csak rövid kifejezési forma. Ott, a hol jogi személyekről beszélünk, valóságban emberek állnak. Az alapítvány, a testület jogainak alanyai valóságban azok az emberek, a kiknek czéljaira a jogok fennállanak. A helyett, hogy azt mondjuk: a jelenlegi részvényesek, azt mondjuk, részvénytársaság. Csakhogy az nem mindenkor talál a valósággal. Ha valaki milliós alapitványt hagy a kórház javára, akkor nem lehet mondani, hogy akár a mostani, akár a leendő betegek ennek a jognak az alanyai. Azt nem vehetjük a vagyoni leltárukba, hogy ez hozzátartozik az ő vagyonukhoz. A macska látja a vén kisasszony vagyonának hasznát, azért még sem ő a jogok alanya. A Ihering theoriája összetévesztése a jogalanynak a czélalanynyal, a destinatariussal.

A *Gierke-Beseler-féle Genossenschaftstheorie.* A testületeknél, vagyontömegeknél is vannak jogalanyok, csakhogy nem emberek, hanem az emberhez hasonló műteremtmények. Az ember organismus, de nemcsak az ember az, hanem vannak társadalmi, ethikai műorganismusok is. Az államnak, az alapítványnak, a részvénytársaságnak is van akarata, ép úgy mint az embernek, cselekszik, határoz. Igy van organisálva a maga statutumaival az alapítvány is. Ebből a jelenségből azt kell levonnunk, hogy a jognak alanya lehet úgy az egyes ember, mint a műorganismusok. Ez azonban merő romantika, hasonlatokkal játszó dialektika, a mely nem mond semmit. Az állam különben sem organismus, ez elavult, sőt számos helytelen levezetésnek alapjául szolgáló helytelen kép.

Ezekkel az elméletekkel szemben, a melyek a jogalanyt ki akarták sütni a jogi személy mögött, áll a *Brinz elmélete.* Ez kimondta a merész szót, hogy azokban az esetekben, a hol az előbbiek jogi személyről, színleges személyről és műorganismusról beszélnek, a valóságban jogalany nincs. Vannak szerinte esetek, mikor jogok fennállanak alanyokkal, mások alanyok nélkül. Ezek az utóbbiak mégis egy bizonyos czélra állanak fenn. És a mi az ilyen jogokat, a vagyont összetartja, az épen a czél. És ezért kétféle jog és vagyon van: *személyi vagyon,* melynek van alanya, és *czélvagyon,* melynek alanya nincs. Ez alapon az ő pandektái is két részre oszlanak. A Brinz elméletére igennel vagy nemmel nyilatkozni nem lehet, azért helytelen. Ha Brinznek igaza volna, hogy t. i. a hol jogi személy van, ott voltaképen egy czél által összetartott vagyon van, akkor ebből annak kellene folynia, hogy jogi személyről csak addig lehessen szó, míg a vagyon megvan. Pedig akárhányszor megesik, hogy alakítanak jogi személyt, megcsinálják az alapszabályait, működik az egész apparatus, de semmi vagyonuk, joguk nincs. Lehet részvénytársaság, melynek sem akti-

vuma, sem passivuma nincs, de azért jogi személy marad. Nem szólva arról, hogy különösen az úgy nevezett közjogi személyeknél vannak jogok, a melyek nem vagyoni természetűek, ami Brinz elmélete szerint nem volna lehetséges.

Egyben igaza van Brinznek, és ez az, hogy nem minden jog mögött van ember, és akárhányszor látunk jogokat, a melyekre nézve valóságban létező jogalanyokat nem lehet felállítani, hogy tehát el kell ismerni alanytalan jogokat is. Ez pillanatnyilag lehetetlennek látszik, de belenyugodhatunk, hisz látunk dolgokat, melyek nem jogi személyekéi és még sincs alanyuk: res omnium-ok, ezek senkiéi, de mégse veheti el bárki. A jogalany nem létezése csak a cselekvési szabadság definitio mellett lehetetlen. De a mi definitiónk mellett az alanyi jog tartalma az emberekhez kibocsátott parancs vagy tilalom lévén, alanyi jog marad, még ha a védett érdek centrumában semminemű ember sem áll is. Tehát vannak jogok jogalany nélkül, ez az egyik alternativa. Ha tehát mégis beszélünk jogi személyről, ez csak jogi technikus okokból történik, tulajdonképen jogalany itt nincs.

A másik alternativa, hogy szakítunk azzal, hogy jogalanyokul csak embereket tekintsünk, és beszélünk jogi alanyokról ellentétben a természeti alanyokkal. Hisz a jogalanyiság, jogképesség, személyiség (ez mind ugyanazt jelenti) még a természeti személyeknél is a jogrend adománya. Rómában a rabszolgának, bár természeti személy volt, jogképessége nem volt, jogi alany nem volt. Tehát nem minden természeti alany egyszersmind jogi alany, személy is, és van jogi alany, a mely nem természeti alany. Ha a jogrend adja a jogalanyiságot még a természeti személynek is, akkor megadhatja másnak is.

[Kajuch a jogi személynél mesterséges jogalanyt lát: jogalany maga a testület, az alapítvány. Vécsey szerint is ezek maguk a jogalanyok, melyek azért jogi személyek, mert jogi czéljuk van, és jogi képességüket egyedül a jognak köszönik. Ha azonban ez volna a kriterium, akkor az ember is, mint jogalany, jogi személy volna. A jogi személyekről szóló római tételes intézkedéseket l. Kajuch 93—95. old.)

18. §. A jogtárgyak.

Az a jószág, az az élvezeti obiectum, a minek tekintetében a jogi parancs a kötelezett alanyhoz ki van bocsátva, az a jogtárgy. Jogtárgy lehet:

1. Az én saját physikai existentiámnak substratuma, a testem, testi épségem, egészségem, továbbá testi és szellemi szabadságom. Egy absolut parancs van kibocsátva, azaz egy parancs van kibocsátva mindenkihez, hogy engem, testemet stb. ne bántsa. A ki ezt a parancsot megsérti, az az én személyi jogomat sérti meg.

2. Jogtárgy lehet rám nézve másnak a személye is, még pedig vagy a maga teljes egészében, mintha valami dolog volna,

(ez a dominus joga rabszolgája fölött, a mely azonban ma már nem practicus), vagy kevésbbé föltétlen, de tartós (családi jogok), végül szűkebb körben, úgy hogy egyáltalában nem tartós a viszony, nem úgy, mint a rabszolga, vagy a családtagok esetében, hanem jogtárgy csak múlólagosan bizonyos vonatkozásban.

3. Jogtárgyak a dolgok.

[Kajuch szerint (az 1. alattit ő nem említi) maguk a jogok is, pl. zálogjog zálogjogon.]

A tankönyvek itt adják a dolgok felosztását, azért röviden mi is rátérünk itt. Dolog latinul res. De a res szónak a latin nyelvben többféle értelme van. Értünk alatta vagyont, egész vagyontömeget; így beszélünk res uxoriáról- Vagyon az összesége a bennünket megillető gazdasági érdekű dologi és kötelmi jogoknak és kötelezettségeknek. Szűkebb értelemben csak a minket megillető jogokat jelenti, tehát az activ vagyont. Ezzel szemben áll a passiv vagyon, a kötelezettségek. A római jog a közfelfogásnak megfelelően a vagyon alkatrészeül nemcsak a jogokat, hanem azok tárgyait, a dolgokat is tekintette, és mind a kettőt resnek nevezte. Igy beszélnek a római juristák res incorporales-ről ellentétben a res corporales-sel. Res incorporalis nem dolgot jelent, hanem jelenti az egyes vagyonjogokat. Ezeknek a res incorporaliseknek a tárgya lehet res corporalis, a testi, a concrét dolog.

A vagyon fogalmának a latin nyelvben nemcsak a res szó felel meg, hanem egy másik kifejezés is a *patrimonium*. (Érdekes a viszony a latinban a patrimonium és matrimonium szavak közt. Patrimonium a vagyon, matrimonium a házasság. Patrimoniuma csak a paterfamiliasnak volt. Paterfamilias nem házas embert jelentett, hanem patrimoniumra képest, sui iurist. Materfamilias ellenben az, a ki matrimoniumban van, tehát házas nőt jelent, a ki jogilag ugyan filiafamilias, de neve materfamilias. A materfamiliast tehát teszi a matrimonium, a paterfamiliast pedig a patrimonium.)

A mint vannak személyek, kik nem jogképesek, azaz nem lehetnek alanyai a patrimoniumnak, úgy vannak dolgok is, a melyek nem lehetnek tárgyai a vagyonnak: extra patrimonium állnak. Ezek tehát mintegy nem jogképes dolgok.

A dolgoknak főbeosztása ennek alapján az, hogy vannak dolgok, res, quae in patrimonio sunt, melyek tárgyai lehetnek a vagyonjognak, és res, quae exta patrimonium sunt. Res in patrimonio alatt nem azt kell érteni, hogy jelenleg van valakinek a vagyonában, hanem lehet valakinek vagyonában. Az erdőben levő vad, ez jelenleg nincs senkinek a vagyonában, de azzá lehet, ha elfogják. Tehát res in patrimonio nem dolog, mely most van vagyonban, hanem jelenti a dolgoknak a képességét, hogy tárgyai lehetnek a vagyonnak.

A res in patrimonio és extra patrimonium beosztást meg kell különböztetni egy másik beosztástól: res in commercio és extra

commercium. *Commercium* jelenti a forgalmi ügyletekre való képességet. Ennek is van egy subiectiv és egy obiectiv jelentése. A mint vannak személyeknek, kiknek commerciumuk van, a kik, más szóval, a római jogban elismert forgalmi ügyletekben részt vehetnek, azaz köthetnek vagy tanúskodhatnak, azaz, a mint vannak személyek, kiknek van cselekvőképességük, és vannak másrészt személyek, a kiknek nincs commerciumuk, vagyonjogi cselekvőképességük, hasonlóképen vannak dolgok is, melyek commercium tárgyai lehetnek, a melyeket tehát cserélni, adni, venni, stb. lehet, és vannak másrészt dolgok, melyekre nézve ilyen ügyleteket kötni nem lehet.

A res extra patrimonium természetesen res extra commercium is. A mely dolog nem lehet vagyonjog tárgya, nem lehet vagyonjogi ügylet tárgya sem. Tehát csak a res in patrimonio-nál lehet szó res in commercio és res extra commercium-ról. Vannak tehát dolgok, melyek in patrimonio állhatnak, de in commercio nem állhatnak. Valakinek a vagyonában vannak, de ebből ki nem kerülhetnek. Ilyen a köznek, az államnak, a respublicának bizonyos dolgai, melyeknek neve szintén *res publicae.* (A res szó itt nemcsak a vagyont jelenti, hanem azokat is, kik annak alanyai.) A respublica, a római állam, az maga alanya bizonyos dolgoknak, tehát ezek a dolgok a római állam vagyonában in patrimonio sunt. De nem lehetnek tárgyai a commerciumnak.

Mindenekellőtt tehát ki kell zárnunk a **res extra patrimoniumot,** azaz azon dolgokat, a melyek vagyonjogok tárgyai nem lehetnek. Ezektől tulajdonképen a jogi értelemben vett dolog minőségét meg kell tagadni. Ilyenek már azok, melyek physikai minőségüknél fogva nem hajthatók vagyonjogok alá, így a nap, a csillagok, a levegő, az aqua profluens. Ezek olyan dolgok, melyek élvezetet nyújtanak ugyan, de melyek egy embernek hatalma alá nem hajthatók. Ezekre, a természetüknél fogva res extra patrimoniumokra a rómaiak azt mondják, *iure naturali communia sunt omnium,* melyekhez a fentebbieken kivül Justinianus a litus maris-t, a tengerpartot is csatolja. Persze az edénybe sűrített levegő, körülhatárolt víz, már nem res extra patrimonium.

Másodszor vannak dolgok, melyeknek természete nem zárja ki ugyan azt, hogy magánvagyonban legyenek, de czélszerűségből a jogrend nem engedi, hogy egyes emberek tulajdonában álljanak. Ilyenek a *res divini iuris*, a res sacrae, religiosae és bizonyos tekintetben, quodammodo a res sanctae. Ezek a római fas által, a római szentjog, egyházjog által védett és annak hatalmában tartott dolgok: *Res sacrae* a szertartáshoz tartozó és consacrált dolgok: templomok stb. Ma ezeknek más jogállásuk van. Ezek ma magánjogban, az egyháznak magánjogában állanak, csakhogy bizonyos elidegenítési tilalmak fűződnek hozzájuk, de in patrimonio sunt. A római jogban ezeket úgy fogták fel, hogy a res divini iuris ellentétben állanak a res humani iurissal, tehát in patrimonio non sunt. *A res religiosae*

a temetkezési helyek, diis manibusque consacratae sunt. Ma a családi magántulajdonban állnak, bár nem oly értelemben, mint pl. a házam, mert a családi sírboltot másnak el nem adhatom, ha már egyszer használva van. A *res sanctae*-re nem is lehet mondani, hogy azok res extra patrimonium, azok res sanctae csak annyiban, a mennyiben ezeknek a megsértése is nemcsak magánjogi per alá vonatott, hanem igen erős capitalis büntetés alá is. A jogmegsertésért járó büntetéseket épen a res sanctae mintájára Iustianianus sanctiónak hivja. A res sanctae tehát nem azért sanctae, mert divini iuris hanem mert erős sanctio alá esnek. Ezek a dolgok a várfal stb. nem is állnak extra patrimonium, hanem csak extra commercium.

Ezek a res extra patrimoniumokat másképen res nullius-oknak is nevezik. De res nullius alatt nemcsak azokat a dolgokat értjük, melyek magántulajdonban nem lehetnek, hanem azokat is, melyek ez idő szerint nincsenek magánvagyonban, így a vadállatok, földben levő kincs, az ellenség dolga, az eldobott dolog stb. Ezek azonban korántsem res extra patrimonium.

Res in patrimonio: A res communes omnium és a res divini iuris-on kivül minden egyéb dolognak van jogképessége, azaz jogoknak tárgya lehet. Ezek a res in patrimonio már most lehetnek res in commercio és extra commercium.

A) **Res extra commercium** *a res publicae* a szónak tágabb értelmében: a köz tulajdonában álló dolgok. Ezek közt három osztályt kell megkülönböztetni. 1. Állami erdőségek, bányák ezek olyan dolgok, melyeket az állam úgy használ fel, mint a magánember szokta felhasználni a maga dolgait. Az ilyen állami kincstári vagyon az állam tulaidonában van ép úgy, mint az egyes ember tulajdonában van órája, pénze stb. Ez az ú. n. *pecunia populi*, vagy később *pecunia fisci*. Azonban ezek nem állnak extra commercium, hanem in commercio, ezekről itt szólnunk tehát nem szabad.

2. A res publicae másik faja *a res publicae publico usui destinatae*. Ezeknek az állandó rendeltetése az, hogy azokat a közönség használja: nyilvános útak, sétaterek, Rómában a nyilvános ingyenes szinházak. Ezek a res publicae az állam tulajdonai, de ezekről az állam nem rendelkezik, ezek magánügylet tárgyát nem képezhetik: res extra commercium.

3. A res publicae harmadik faja *a szoros értelemben vett res publicae*. Ezeket nem mindenki használja az államban, hanem maga az állam használja. Ezek a közigazgatás dolgai: a várak, erődítvények, arsenálok, a munitio tárgyai, a börtönépületek stb. Látszólag ugyan a katona, a bebörtönzött használja e dolgokat, de ez nem áll, az állam használja ő általa. Ezek a dolgok is in patrimonio, de extra commercium állanak.

B) Minden egyéb dolog **in commercio** est.

*) L. Kajuch 98. old. (ingatlan és ingó dologtól fogva) a 103-ik oldalig; megjegyzendő, hogy Vécsey a Kajuch elvetette fődolog — mellékdolog megkülönböztetést fentartja. L. pótlólag Vécsey 178—180. old. III. pontig és 182—185. old.

19. §. Jogkeletkezés, változás és megszűnés. Jogszerzés és vesztés.

A corpus iurisban olvashatunk olyat, hogy ius nascitur, crescitur, decrescitur, moritur, dormit. Ez mind képletes beszéd. Valóságban nem születik, nem hal meg a jog, mert az nem élő, nem testi existentiával ellátott valami. A jog helyzet, abstractio. Már az, hogy helyzet, is képletes beszéd. A mi egyáltalában nincs, az nem keletkezhetik, változhatik, szűnhetik meg tényleg, ezek is tehát képletes kifejezések, és úgy nem azt jelentik, a mit a szó mond.

1. **Jogkeletkezés**. A jog az a helyzet lévén, hogy az állam az én érdekemben egy bizonyos parancsot bocsátott ki, jogkeletkezésről akkor beszélhetünk, ha az a parancs, az a helyzet kezdődik. Ez történik, ha megvalósul az a tényállás, a melyhez a jog azt a parancsot fűzi. Azonban vigyázni kell arra, hogy a jogkeletkezést a jogszerzéssel össze ne téveszszük. Valaki szerezhet jogot a nélkül, hogy az a jog akkor keletkeznék (*derivativ, származtatott jogszerzés, acquisitio),* viszont keletkezhetik jog, a nélkül, hogy azt valaki megszerezné. Pl. egy tehén, mely hereditas iacenshez vagy egy captivus vagyonához tartozik, megborjadzik. A borjúra keletkezik tulajdonjog a nélkül, hogy azt valaki megszerezné. A jogkeletkezéssel együtt járó jogszerzés az *originär*, *eredeti acquisitio.*

A szabály az, hogy ha egyszer a jog keletkezett, akkor mi vélelmezzük annak további fennállását addig, míg be nem bizonyíttatik, hogy az a jog megszűnt. Ha tehát be kell bizonyítanom hogy jelenleg egy jogom van, csak azt bizonyítom, hogy a jogot megszereztem.

2. **Jogváltozás**. Ez azt jelenti, hogy az a helyzet, a mely az érdekemben kibocsátott parancs következtében előáll, lényegileg ugyanaz marad, csak egyik-másik tekintetben szenved változást, de csak olyat, a mely nem elég relevans arra, hogy azt mondhassuk, hogy az egész helyzet mássá lett. Változhatik a jog

a) *jogalany* tekintetében; az a jog a mely fennállt A személyében, átmegy B személyére; a mely eddig egy személyé volt, lesz többé; vagy egy ideig függőben marad, hogy kié; vagy egyáltalában alanytalanná válhatik;

b) *kötelezett* alany tekintetében;

c) *tárgy* tekintetében, culpa, mora, casus, dolus megváltoztatja a jogot;

d) *védelem* tekintetében, t. i. a másodparancs, a sanctio tartalma változik pl. keresetem elévül, a mi annyit jelent, hogy az első parancs tovább is fennáll, a második megszűnik. A jogom kevesebbet ér, mint azelőtt, de azért meg nem szűnik.

Már most mikor mondhatjuk, hogy a jogban beálló változás még nem olyan nagy, hogy az identitas-t is érinti, hogy azt kell mondanunk: a jog megszűnt és helyébe lépett egy új? A nehéz-

ség onnan van, hogy a jognak in rerum natura létezése nincs, physikailag tehát nem ellenőrizhető. A felvetett kérdésre a válasz az, hogy addig beszélünk jogváltozásról, a míg a megváltozott jog a régi jognak alapul fekvő tényállásával még mindig abban a a nexusban van, mint a mely nexusban volt a régi jog, a míg tehát összefügg a régi tényállással, azaz a mig jogom bizonyításakép a régi jog tényállását kell bebizonyítanom. Pl. depositumba adom a lovamat A-nak. A ló megdöglik, A meghal, örököse B, én jogomat engedményezem C-nek. A jog tehát minden tekintetben megváltozott: más a jogosultsági, más a kötelezettségi alany, más a tárgya, mert nem a ló visszaadása, hanem bizonyos összeg lefizetése lesz a jog tárgya. Mégis a jog nem új, hanem a régi jog megváltozott állapotban, mert a jogosított alany a bizonyításnál vissza kell, hogy térjen a depositumra. Már novatio esetében, még ha az egész helyzet a régi marad is, nem jogváltozásról, hanem a régi jog megszűnéséről és egy ugyanolyan újnak keletkezéséről lesz szó, mert a bizonyitandó jog jogalapja csak a novationalis stipulatio lesz, a mi azelőtt történt, arról nem lesz szó.

Vitás az elbirtoklás, usucapio kérdése. Brinz, Hölder és némileg Dernburg azt mondják, hogy derivativ jogszerzés, az uralkodó theoria szerint originär. Ha valaki egy dolgot elbirtokol, az előbbiek szerint az előbbi tulajdonos joga csak megváltozik, az utóbbi szerint megszünik, és az elbirtokló javára új tulajdon áll be. Az utóbbi helyes. Bár itt azzal találkozunk, hogy bizonyos jogok, a melyek a régi tulajdon következtében fennállottak, zálogjogok, melyeket ő szerzett vagy másoknak adott, hozzátapadnak az ingatlanhoz, és így az elbirtokló is ezekkel együtt nyeri tulajdonjogát. Ez azonban nem határoz, mert joga bizonyításánál csak az elbirtoklásra fog hivatkozni. A váltójogban sokáig vitás volt, vajjon a forgatmányos eredeti vagy származékos úton szerzi-e meg a maga követelési jogát. Minthogy a forgatmányosnak csak azt kell bizonyítania, hogy ő megszerezte a váltót, de azt, hogy az előző (az auctor) mire alapította a jogát, nem, ennélfogva ez is originär szerzés. Ugyancsak jogkeletkeztető tény a keresk. törv. 299. §-a is: Azon árúk vagy egyéb ingóságok, melyeket a kereskedő üzleti körében elárúsított és átadott, az esetben is a jóhiszemű vevő tulajdonába mennek át, ha az eladó tulajdonos nem volt.

Legfontosabb az alany tekintetében beálló jogváltozás: ez a *successio*, a *jogutódlás esete*. A successio tehát abban áll, hogy valamely jognak alanya, akár a jogosított, akár a kötelezett más lesz. A források úgy beszélnek, hogy ius transit, transfertur, succedit in ius, succedit, in locum. (**Ez a successio szó más értelemben is használatos. pl. pretium succedit in locum rei, res in locum pretii. Ez tudvalevőleg a senatusconsultum Iuventianum, a mely kimondja, hogy az örökös a hagyatékból eladott dolgok vételárát, és a hagyatéki pénzen vett dolgokat is követelheti. Vagy successio graduum et ordinum.**) Mikor egy jog

A-ról B-re száll át, beszélünk *translativ successio*-ról. Van azonban más successio is: a *constitutiv successio.* Ez nem a jogváltozás fejezetébe tartozik. Itt nem egy s azon jog száll B-re, hanem B-re száll egy jog, a mely A-nál ebben a formában meg sem volt, hanem megvolt mint A valamely jogának alkotó része. Pl. A B-nek zálog vagy szolgalmi jogot constituál. A zálog vagy szolgalmi jog nem volt A-nál, de B mégis A-tól nyerte, és minthogy nem adhatok senkinek olyasmit, a mi már nálam ne lett volna, ennélfogva ez a jog mégis benne kellett, hogy legyen az A jogában. A nem a jog*át* adja B-nek (translativ successio), hanem A a maga jog*ából* ad B-nek (constitutiv successio). Ezért nevezzük a szolgalmi jogot, zálogjogot, emphiteusest stb. részjogoknak. A translativ successio jogváltozás, a constitutiv successio jogkeletkezés.

Mindkét successiora két szabály áll: 1. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet.* Csak azt a jogot és abban az állapotban ruházhatom át, a mely állapotban az nálam volt. Ha a tulajdonom meg van terhelve resolutiv feltétellel, vagy diessel, akkor én a tulajdont csak ezzel ruházhatom át.

2. *Accessio cedit principali.* A mely jogot a successor a fődologra kap, azt in dubio megkapja az accessoriumra is.

A successio létjogosultságát tagadja Kuntze, lipcsei tanár. A jog cselekvési szabadság lévén, ha A joga átmegy B-re, ez már nem az A cselekvési szabadsága, hanem a B-é. E nézet helytelensége nyilvánvaló, mert hiszen helytelen alapból indúl ki. Sőt successio lehetséges nemcsak az egész jogra, hanem létezik *partialis successio* is. Én nemcsak a házam egész tulajdonát ruházhatom át B-re, hanem elfogadhatom B-t társul. Ez azonban csak az osztható jogoknál lehetséges. Ellenben vannak jogok, a melyek egyáltalában nem türnek successio-t, az úgynevezett *legszemélyesebb jogok* (ius personissimum). Ilyenek a házasságból származó jogok, ma a családjogok (a rómaiaknál pl. az agnatusok gyámi joga át volt ruházható: cessio legitimae tutelae). A vagyonjogok közül nem ruházhatók át pl. a személyes szolgalmak: az ususfructus stb. A rómaiaknál az obligatiók elvileg nem voltak átruházhatók, ma fordítva van, most átruházható nemcsak a jog, hanem a kötelezettség is. (A rómaiak a kötelmi jogokra és kötelezettségekre nézve csak az universalis successiót ismerték el, a mandatumra és societasra ezt sem). Nem szállnak át az örökjogi jogok (kivéve a transmissio esetét,) és végül nem száll át a birtok.

A successiónak két fontos faját különbözteti meg a római jog: a *singularis és universalis successio-t.* Singularis successio: elődöm (auctorom) egyes jogaiba és kötelezettségeibe való lépés; universalis successio: elődöm összes jogaiba és kötelezettségeibe, (vagyonába) való lépés uno ictu, egy ténynyel. Az universalis successio tehát nemcsak successio in universitatem, hanem főleg és első sorban per universitatem. Még ha összes jogaimat és kötele-

zettségeimet, tehát egész vagyonomat ruházom is át utódomra (successoromra), de egyenként teszem ezt, mégis még mindig singularis successio van jelen. Az universalis successio lényege tehát főleg az unus actusban rejlik. Ha teljes brutto vagyonom 10 db. bútorból áll, akkor ha én a 10 db. bútort egy szóval ruházom is át, én azzal az egy szóval nem egy, hanem 10 traditiót (a tulajdonjog átruházása) végzek. Itt a traditio az egyik dologra lehet érvényes, a másikra nem. És esetleg később felmerülő jogaim és kötelezettségeim ez egy actussal még nem szállnak át. Ez meg mindig csak singularis successio. Mert egy cselekménynyel gyakran sok cselekményt végzünk, így a büntető jogban beszélünk eszmei bűnhalmazatról, és így a magánjog terén beszélhetünk ügyleti halmazatról. Tehát egy tény és az összes jogok és kötelezettségek átszállása, e kettő együtt teszi az universalis successiot. Ennek legnevezetesebb, bár nem egyetlen faja a római jogban is, a maiban is, az öröklés. A római jog ismeri még az arrogatiót,. bonorum addictiot libertatis causa, régebben a bonorum venditiót. És ma is kénytelenek vagyunk egy vagyon körében több vagyont megkülönböztetni. Pl. Két egymással élénk összeköttetésben levő részvénytársaság összes részvényeit megvásárlom. Ha ez kifelé nem nyilvánul, a két részvénytársaság nem szűnik meg. Itt két jogi személy vagyona van, mindkettő benne van az én vagyonomban, és az én vagyonomon belül állanak egymással szemben viszonyban, tartozhatnak egymásnak stb. Ha most fuziót mondok ki a két társulat közt, ez is universalis successio.

3. **Jogmegszűnés.** A parancs által teremtett helyzet a parancs megszűntével természetesen megszűnik. Ez mindig jogvesztés is. Ez utóbbit subiectiv jogmegszűnésnek lehetne nevezni, mert annyit jelent, hogy a jog rám nézve megszűnik. De a jogvesztés nem mindig jogmegszűnés is. Lehet jogváltozás is, ilyen a successio. Ha az én jogom átszáll B-re, én elvesztettem a jogot, a nélkül, hogy azért a jog megszűnt volna, hisz folytatódik B-nél. A viszony tehát ugyanaz, mint a jogszerzésnél. Ez is lehet jogkeletkezés (originär jogszerzés), és lehet jogváltozás, még pedig szintén successio (derivativ jogszerzés).

L. még Kajuch 104 old. alul, továbbá Vécsey (186 old.) jogok gyakorlása és összeütközése.

20. §. Az alanyi jogok nemei a) alanyuk szerint.

Köz és magánjogok.

A köz és magánjogok közt a határvonalat megvonni igen nehéz, akár subiectiv, akár obiectiv értelemben veszszük is a jogot. Vannak először olyanok, a kik a különbséget a parancsoló alany tekintetében keresik. Szerintük a magánjogot az egyes ember, a köz-

jogot pedig az állam constituálja. A közjog terén az állam parancsol, a magánjogban pedig az egyes ember akarata az, a mely normát szab a másiknak. Ez helytelen, mert a jogot egyáltalában csak az állam constituálja.

Mások a különbséget a jogalanyban találják, mondván, hogy az a jog, a mely az egyes emberé, az magánjog, a mely az államé, az közjog. Ez sem talál, mert az egyes embernek is vannak közjogai pl. a választói jog, és az államnak is vannak magánjogai, ha pl. szerződik valakivel.

Vannak harmadszor, a kik a kötelezettségi alanyt tartják a fundamentum divisionisnak. Ha az egyes ember van kötelezve, az magánjog, ha a köz, az közjog. Ez sem áll, mert az egyes is lehet közjogilag, a köz is magánjogilag kötelezve. Pl. a hadkötelezettség az egyest kötelezi és mégis közjog.

Ismét mások a jog tartalmában vélik a különbséget feltalálhatni. Ezek szerint a magánjog csak jog, a közjog jog is, kötelezettség is. A magánjoggal élhetek vagy sem, a mint nekem tetszik, a közjoggal nemcsak élhetek, hanem élnem kell is. Nemcsak jogom van, hanem kötelességem is a képviselőválasztásban résztvenni, és azért a közjogról nem is lehet lemondani. Ez nincs egészen igy, mert vannak magánjogok is, a melyekről nem lehet lemondani, pl. az apaság, és viszont a király lemondhat méltóságáról.

Dernburg azt tanitja, hogy magánjog az a jog, a melyet a polgári biró előtt érvényesithetek. Ez igaz, de circulus vitiosus. Mert ha a perjogban meg azt kérdezzük, hogy mi érvényesithető a polgári biró előtt, a felelet lesz: a magánjog.

Legközelebb áll a helyes megoldáshoz Ulpianus, a ki a védett érdek szerint különböztet és a ki így definiál: ius publicum est, quod ad statum rei publicae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Csakhogy ez is sokat mond. A jog sohasem véd magánérdeket, hacsak össze nem vág a közérdekkel, és a közjog egyszersmind a magánember érdeke is. Ez alapon azonban eljuthatunk a helyes megkülönböztetéshez, a melyet így lehet formulázni: *Közjog az a jog, a mely első sorban a közérdeket, magánjog, a mely első sorban a magánérdeket akarja védeni.* Az egyes ember az államban két minőségben szerepel: mint önczél és mint állameszköz. Ez utóbbi minőségében polgárnak nevezzük. Az a jog, a mely az egyes embernek mint önczélnak érdekeit akarja első sorban védeni, az magánjog, az a mely az egyes embernek mint polgárnak érdekeit akarja szolgálni, az közjog. Az államnak is mint államnak érdekét szabályozó jog: közjog, mint gazdasági alanynak: magánjog. (L. még Kajuch 7—9 oldal.)

21. §. Az alanyi jogok nemei: *b)* tárgyuk szerint.

I. **A személyiség joga**. Ez a magánjog legújabb része. Puchta állította be a Recht der Persönlichkeit-ot a rendszerbe, de a pandektisták ismét elejtették. A személyiség joga azon jog, a mely védi *α*) az ember testét mindenkivel szemben. Ide tartozik az életet, a teste és szellemi épségét, az egészséget védő jog. *β*) A szabad mozgást védő jog, ez adja a magánjogi szabadságot. *γ*) A hírnevet, becsületet, hitelt védő jog. *δ*) A jog, mely védi az egyéniség külső megjelenését. Vannak ugyanis bizonyos külső jegyek, melyek kifelé képviselik, felismerhetővé teszik az illetőt. Ide tartozik a név, a czég, a czímer, az iparjegy. Ezek a jogok most küzdenek elismertetésükért. A czégbitorlás fogalmát még 50 évvel ezelőtt nem ismerték. *e*) Ide vonható a szellemi porductumokat védő jog: a szerzői, találmányi jog. Levelem publicálója, ha nincs is a szerzői jogról szó, megsértette személyemet, mert én talán nem akartam közölni.

Ezek mind csak példák, és nem kimerítő felsorolás. (Puchta a birtokot is ide sorolta). Mindezeknek sértése engemte sért, az obiectum egy: én magam, csak a mód más-más. Annyira fontos ez az érdek, a mely itt védetik, hogy az állam nem éri be azzal, hogy nekem egy subiectiv jogot ad, hanem véd hivatalból is, véd criminalis sanctióval, pl. így védi a levéltitkot, a személyes szabadságot stb. Ez különben a jog más terén is ismétlődik, pl. a tulajdonjognál.

A személyiség joga azonban nemcsak önálló jog, hanem mögötte áll minden egyéb jognak is. A ki tudatosan bármely jogomat sérti, az nemcsak azt a vagyonjogomat sérti, hanem sérti e mögött a személyemet is; kicsinylést fejez ki egyéniségemmel szemben. Ez a psychologiai magyarázata az emberek perelési dühének, perelnek, még ha több is a perköltség, mint maga a pertárgy. És innen van a római jogban az, hogy minden jognak tudatos megsértése esetén az illető jogvédő actio mögött ott van az actio iniuriarum aestimatoria is. Ez a praetor méltányos jogi jogkezelésében mindenütt bő alkalmazásra talált. (Az institutio tankönyvek természetesen a személyiség jogát nem ismerik.)

II. **Dologi jogok**. Jogok, melyek tárgya valamely dolog, czélja valamely dolog élvezete. (Ez nem egészen talál, mert ha az élvezeti obiectumot veszszük a jog tárgyának, akkor az adásvétel, tehát kötelmi jogviszonynak tárgya is dolog. Ennyiben helytelen azoknak rendszere, a kik a dolgok felosztását a dologi jogok elé teszik. A dologi jogok kriteriumát nem a dolog adja, pl. zálogjog zálogjogon, hanem az absolut védelem, a védelem mindenkivel szemben. És ha a kötelmi jog tárgya, mint azt a maga helyén bővebben ki fogjuk fejteni, az a szolgáltatás, az a magatartás, a melylyel az adós tartozik, akkor a dologi jogok tárgya sem lehet

egyéb, mint az a magatartás, a melylyel mindenki tartozik, t. i. hogy senki sem fog a dolgomhoz illetéktelenül nyúlni, senki sem fog zavarni a dolog kihasználásában. Azonban az uralkodó tan a dologi jog tárgyának a dolgot tekinti, és ezért történik ez alapon a mi felosztásunk is.) A jogrend a dologra vonatkozó élvezetemet olykép védi, hogy rajtam kivül, a jogalanyon kivül, mindenkinek megtiltja, hogy ehhez a dologhoz abban az irányban, a melyben az élvezetem fekszik, hozzányúljon. Tehát hogyha a jog engem a dolognak mindennemű élvezésében akar védeni (tulajdonjog), akkor minden embernek meg van tiltva a dologra való minden behatás. (Ezt azonban cum grano salis kell venni, mert a tulajdonjognak is vannak úgynevezett korlátjai: mindenki nézheti a házamat.) De a római jog is, a mai is védi a jogalanyt nemcsak abban az esetben, mikor ő a dolognak minden oldalát akarná élvezni, hanem részélvezeteket is elismer. Igy beszélhetünk a tulajdonjoggal szemben részjogokról. Ilyet a római jog négyet ismer: a szolgalmi jogot, emphyteusist, superficiest és a zálogjogot. Volt idő, mikor csak egy volt: a szolgalmi jog, és azért ius alatt per excellentiam ezt értjük. A modern jogok többet ismernek. A tulajdonjoggal szemben, melyet *ius in re propia*-nak is nevezetek, ezeket *iura in re aliena*-nak hivták. Ez azonban nem egészen helyes. Vannak ilyen részjogok a saját dolgomon is pl. telekkönyvi zálogjog, és vannak oly dolgon, a mely nem idegen, nem másé pl. szolgalom egy derelinquált telken.

III. **Kötelmi jog.** Nagy vita van a körül, hogy mi tulajdonképen ennek a jognak a tárgya. Némelyek szerint az adós személye, mások szerint az adós akarata, a szolgáltatás tárgya stb. A mi álláspontunk, a melyet a maga helyén bővebben ki fogunk fejteni az, hogy a kötelem tárgya az, a mire az adós köteles: a szolgáltatás, színtelenebbül: az adós magatartása. Ez csak dialektikailag különbözik azoktól, a kik azt mondják, hogy a kötelem tárgya az adós személye. de nem az egész személye, hanem csak bizonyos vonatkozásban, tehát az adós, mint szolgáltató személy. A kötelem tárgyát alkotó szolgáltatás lehet nagyon sokféle. Lehet a szolgáltatás közvetlen czélja a kötelemnek pl. a színész köteles játszani, és lehet a szolgáltatás csak eszköz a czélhoz, pl. a hordár szolgáltatása. A szolgáltatás aztán más szempontból lehet facere vagy nagyjában dare. A dare-re menő kötelmek egy lépéssel közelebb állanak a dologi jogokhoz. A dologi jogoknál is, a dare-re menő obligótiónál is a végczél valamely dolog élvezete. A különbség az, hogy a dologi jogok esetében jogom mindenki ellen irányul, utóbbi esetben csak egy vagy több bizonyos személy ellen. (Ez különben az egyedüli elvi különbség a dologi és kötelmi jogot között. A dologi jog absolut jog, a kötelmi jog relativ.) Azután a dologi jogoknál a dolog már az enyém, és a jogi védelem arra irányul, hogy a jelen állapotot megvédje, holott a dare-re menő obligátiónál a

dolog még nincs meg, és a jogi védelem a jelenlegi állapot megváltoztatását tartja szem előtt. Végül a dologi jognál a kötelezett alanyok (mindenki) valami nem tevésre, negativ szolgáltatásra vannak kötelezve, holott a dare re menő obligatiónál positiv cselekvényre. A non facere-re, nem tevésre negativ magatartásra menő obligatiók megint e tekintetben állanak közel a dologi joghoz.

IV. **Örökjog** Míg az eddig emlitett jogok mind valami élvezetet garantiroznak, addig az örökjog tárgyát meghatározni bajos. Az örökjog alatt többfélét értünk *a)* Örökjoga van A-nak, a ki a végrendeletben ki van nevezve örökössé, a kitől függ, hogy az örökséget elfogadja-e vagy sem. Az, hogy lehetősége van a puszta elfogadom szó által in universum succedere, ez a *ius succedendi* vagy *ius delationis,* ez a subiectiv örökjog.

b) Örökjogról beszélünk akkor is, ha valaki az örökséget már elfogadta, és most másokkal szemben, a kik az ő jogosultságát tagadják, biróilag ezt a jogosultságot megállapittathatja.

c) Mások végül örökjognak nevezik azt a jogát az örökösnek, a ki az örökséget már elfogadta, hogy ő mindenkitől, a kinél valami hagyatéki tárgy van, ezt a hagyatéki tárgyat követelheti.

Ezek közül az első igaz. Az örökjog igazán abban a lehetőségben áll, hogy én másoknak kizárásával az örökséget elfogadhatom. Ez azonban nem lehet külön, sui generis subiectiv jog. Mert különben subiectiv jogról kellene beszélnünk a nekem tett ajánlat esetében is, ott is tőlem függ, elfogadom-e vagy nem az ajánlatot. Brinz igen helyesen az örökjogot mint külön subiectiv jogot nem is tárgyalja, hanem a vagyonjogot felosztván dologi és kötelmi jogra, függelékül hozzáteszi az örökjogot, mondván, hogy miután eddig a singularis successio tényeit tárgyalta külön a dologi és külön a kötelmi jogban, most a függelékben az egész vagyonra vonatkozó, tehát úgy a dologi, mint a kötelmi jogra vonatkozó universalis successiót, az öröklést tárgyalja. Ugyanezt az elvet viszi keresztül, bár nem oly következetesen Justinianus is, ki a dologi és kötelmi jog közé helyezi ezt a materiát.

Arra, hogy mi az örökjog tárgya, az irók szintén különbözőképen válaszolnak: Puchta és az egész historikus iskola azt tanítja, hogy az örökjog tárgya az örökhagyó személyisége. Az öröklő personam defuncti continet. Személyiség tudvalevőleg a jogalanyiság. E szerint tehát ha A-nak vagyonában olyan jogok vannak, a melyeknek én bármely oknál fogva eddig nem lehettem alanya, most örököse lévén A-nak, lehetek majd alanyuk. Ezt jelenti a Puchta definitiója. Ez azonban nem igaz. Én nem öröklöm az A jogképességét hanem megtartom a magamet. De Puchta és hivei nem is ezt értik meghatározásuk alatt, hanem ők az örökhagyó vagyonát értik: az összes jogokat és kötelezettségeket, kivéve a legszemélyesebb jogokat. De ha ez így van, akkor miért különbözne az a successio, ha átveszem valakinek összes jogait,

attól, mikor egyes jogokat veszek át. Az örökjognak, mint külön jognak tárgya tehát sem az elhúnyt jogszemélyisége, sem vagyona nem lehet. Ha valakinek vagyonát leltározzuk, lesz ott tulajdonjog-követelési jog, stb. De örökjog nem. Ha már acquiráltam, elfogadtam az örökséget, kaptam különféle jogokat, de örökjogot nem. Tehát post acquisitionem hereditatis már subiectiv örökjogról nem lehet szó. Legfeljebb ante acquisitionem lehet róla szó. És semmi kétség, hogy mikor nekem meg van deferálva az örökség, akkor még az örökhagyó egyes jogai nincsenek meg, és mégse lehet, mondani, hogy nekem semmim sincs. Valami értékkel biró helyzetben vagyok, csak kérdés, vajjon ezt a helyzetet nevezhetjük-e subiectiv jognak? Nem. Mert ha ez a helyzet subiectiv jog, akkor minden nekem küldött ajánlatnál, oblatiónál kellene beszélnünk oblationális vagy talán acceptionalis jogról. Az örökjog subiectiv jog volta ellen azonban van fontosabb ellenvetés is. A jog parancs vagy tilalom máshoz bocsátva az én érdekemben, hogy nekem bizonyos élvezetet biztosítson. Ennek első feltétele, hogy az emberek tehessenek valamit, a mivel engem gátolnak ebben az élvezetben, mert különben mi czélja volna a parancsnak? Az örökjog pedig, mint az ajánlat elfogadhatása is, abban a helyzetben áll, hogy egy nyilatkozatot tehetek. De ebben a helyzetben engem nem is zavarhat senki. Az igaz, vannak szabályok, a melyek meghatározzák, hogy A. halála esetében B. hogyan, mily tény által succedal ennek jogaiba. E szabályok összesége adják az örökjogot tárgyi értelemben. De ezekből külön subiectiv jog nem származik. Az örökös helyzetének párját gyakran találjuk, a nélkül, hogy subiectiv jogról szólanánk. Mért nem nevezzük occupationalis jognák azt a helyzetet, hogy puszta nyilatkozatom (perceptio) által a dolgot birtokba és tulajdonba vehetem?

Az örökösödés tehát csak tényállás, melyből, mint sok más tényállásból, successio származik, mégis azzal a különbséggel, hogy itt universalis successio származik. És azért arra a kérdésre, hogy az örökjog hol tárgyalandó, a felelet az, hogy, ha az occupatiot, mert tulajdonjoghoz vezet, a tulajdonjognál, a cessiót, mert kötelmi jogba való successiót eredményez, a kötelmi jognál tárgyaljuk, akkor az örökjogot, mely az összes vagyoni jogokba való successiót idézi elő vagy minden egyes vagyonjognál, vagy, a mi a rendes, a vagyonjogok után kell tárgyalni. (Igy teszi Kajuch is. Vécsey tekintettel arra, hogy az örökösök első sorban a családhoz tartózók, az örökjogot a vagyonjogtól függetlenül, a családi jog után teszi.)

V. **Családjog.** Ez alatt is kétfélét értünk. A legrégibb időben tudvalevőleg a paterfamiliasnak egyforma joga, manusa volt minden fölött, a mi az ő házához tartozott, családtagok, rabszolgák, dolgok, állatok fölött. Ez a család fölötti jog tehát ép úgy, mint a dolog fölötti, absolut jog volt, kötelezettségi alanya: mindenki. A személyek itt mint jogtárgyak szerepeltek. Ennek némi reminiscentiája megvan ma is. Ma is ismerünk családjogokat mindenkivel

szemben, pl. az interdictum de uxore exhibenda, de liberis exhibendis ilyenek védelmére szolgálnak. Az itt védett érdek oly fontos, hogy ennek a védelemnek még büntetőjogi sanctiója is van. Vannak tehát először *absolut családjogok,* melyeknek a családtagok a tárgyai. Másodszor és sokkal nagyobb számban vannak *relativ családjogok,* a melyekkel az egyik családtag bír a másik irányában. Az apa a gyermek, a gyermek az apa, a férj a feleség irányában és viszont, a gyámolt a gyám irányában és viszont. Ezek a relativ családjogok megint lehetnek vagy tisztán *személyes jellegűek* pl. a nő követni tartozik férjét, vagy *vagyoni jellegűek,* ezek tisztán kötelmi jogok, pl. a dos, az alimentatio ügye. Ez utóbbiakat csak czélszerűségi okokból tárgyaljuk a családjogban.

22. §. A jogok nemei: c) egyéb alapok szerint.

Absolut és relativ jogok. Absolut jog az a jog, melynél a kötelezett alany mindenki, kivéve a jogosultat, a melynél tehát az érdekemet védő parancs rajtam kivül mindenkihez van intézve. Ezek mind negativ természetűek, tilalmak, parancsok, hogy valami ne történjen. Ezeknek latin neve iura (jobban actiones) in rem. In rem tudvalevőleg annyit jelent, hogy általánosságban, absolute, és igy a latin név sem mond egyebet. Helytelen fordítással azonban a iura in rem-et úgy magyarították, hogy dologi jogok. Absolut jogok azonban nemcsak a dologi jogok, hanem a személyi jogok, a családjogok egynémelyike, és némelyek szerint az örök jog is.

Relativ jog az, a mely csak egy vagy több bizonyos személyt terhel (iura in personam). Ez nemcsak negativ természetű lehet, sőt többnyire nem is az, hanem positiv tevést is parancsolhat. Az absolut joggal védett érdek mindenki által sérthető, ezért szól a parancs mindenkihez, holott a relativ jogok esetén érdekemet csak épen az a bizonyos egy vagy több személy sértheti, és ezért csak ezek a kötelezett alanyok. Relativ jogok a kötelmi jog és a családjog nagyobb része.

Közvetlenül és közvetve meghatározott alanyi jogok. Közvetve meg lehet határozva a) a jogalany, a hitelező pl. a bemutatóra szóló papirnál a hitelező az, a ki a papiros birlalója; a telki szolgalom jogosultja, a kié a telek, b) a kötelezett alany, pl. a reálterheknél, vagy noxa esetén tudvalevőleg noxa sequitur dominio. (Reálteher oly kötelezettség, mely azt terheli, a kié az illető ingatlan. Az előbbi osztályba lehet még sorozni a gyökösitett iparjogokat is, t. i. az jogosúlt annak a bizonyos iparnak a vitelére, a kié az ezzel a joggal felruházott ingatlan.)

Positv és negativ tartalmú jogok. Positiv tartalmú jog az, a melynél a biztositandó érdek védelmére igazi parancs szolgál, negativ pedig, melynél a védelem tilalom. Az absolut jogok negativok, a relativ jogok lehetnek positivok és negativok.

Önálló és mellékjogok (accessorius jogok). Mellékjog oly jog, mely csak más jog mellett állhat fenn, így a telki szolgalom az uralkodó telek tulajdonához van kötve, a kezesség, a kamatkövetelési jog főkövetelést tételez fel, stb. A mellékjogot accessiónak hivjuk. (Ezzel a szóval jelölünk sok mást is Accessio a dologrész, de az a tulajdont tárgyilag változtató tényállás is, hogy egy eddig önálló dolog egy másiknak részévé (nem mellékdolgává), tehát accessiójává lesz. Beszélünk még accessio temporis, vagy possessionisról is az elbirtoklás tanában, hogy t. i. az auctornál letelt idő számitódik a successornak is) Vécsey szerint (185. old.) a mellékjog meg is előzheti a főjogot pl. a kártéritésre való jogot az az óvadékra való jog: cautio damni infecti.

Átruházható és átruházhatlan jogok. Bizonyos jogok megengednek sucessiót, mások nem; előbbiek átruházhatók, utóbbiak nem. A successió fejezetében utóbbiakat már felsoroltuk, a mihez még hozzáteszszük, hogy a kötelmi jogok közül egy jogalany tekintetében sem tűrnek változást az actiones vindictam spirantes, a kötelezett alany tekintetében az actiones poenales (még minersalis successio esetében sem).

Osztható és oszthatlan jogok. A dolgokról az oszthatóságot átvitték a jogokra is. Osztható jog, a mely több alanyt illet úgy, hogy minden egyesről azt mondhatjuk, hogy van joga, mely az eredeti joggal minőségileg egyenlő. Oszthatónak nevezünk egy jogot akkor is, ha *egy* jog helyébe *több* jog lép, pl. három testvér örököl egy 300 frtos követelést, lesz három száz—száz frtos követelés. Itt csak a történetre, felosztásra vagyunk tekintettel, ha oszthatónak mondjuk a jogot. Oszthatónak más értelemben azt a jogot is nevezzük, a mely több embert illet úgy, hogy azért nem lesz több joggá, marad egy jognak, a melyet ez a több jogalany olyaténképen gyakorolhat, hogy mindegyiknek van valami részjogosultsága. a mely azonban nem oly nagy, mint a milyen nagy volna, ha az övé volna a teljes jog. Pl. 3 emberé egy ló. Harmadik esete az oszthatóságnak, ha többeknek van egy joguk, de csak együttesen solidariter járhatnak el, ez is osztható, mert több alany lehetséges.

Oszhatlan jogok a dologi jogok közül az usus és a telki szolgalmak, a kötelmi jogban, bár általános szabályt erre adni nem lehet, a dare-re menő obligatiók, ha a szolgáltatandó dolog oszthatatlan, és a facere-re menők, ha nem mindegy, hogy ki teljesít.

3. FEJEZET. A TÉNYÁLLÁSOK ÁLTALÁBAN.

23. §. A jogi tény.

Jogi tény az oly tény, a melynek jogi hatása van, az állam parancsa fűz hozzá valami következményt, pl. az ember születése, halála. Jogi tény in concreto minden tény, azaz minden a természetben előforduló változás, pl. a tüsszentés is lehet jogi tény, ha valamely joghatás feltételéül van kitűzve. De *egy* tény maga soha-

sem elegendő. Egy ténynek csak akkor van jogi hatása, ha vele együtt más tények is működnek: pl. leég a ház. Joghatás: a tulajdonjog megsemmisül. Ehhez azonban nem volt elég, hogy a ház leégett, hanem kellett, hogy az a tulajdon keletkezett légyen, hogy azt a tulajdonos megszerezte legyen stb. Cakhogy rövidség okáért mindig az utolsó tényre mondjuk, hogy ez a hatás oka, a többi előfeltételre nem gondolunk. Mégis meg kell különböztetni *egyszerű* és *összetett jogi tényeket*. Egyszerű jogi tény, mely egymagában producal (már a fenti értelemben véve az egymagában-t) bizonyos jogi hatást. Összetett tényállás, mikor több tényállás producál jogi hatást, de ez a jogi hatás nem sommázatja az egyes tények joghatásának. Ez az összetett tény néha nem egyszerre végbemenő több tényből áll, hanem successive létesül, ú. n. *successiv tényállás*. Pl. hogy valaki végrendeletileg örököljön, ahhoz kell először, hogy valaki vegrendeletet csináljon, másodszor a halál, és harmadszor az örökség elfogadása. Ezek a tények nem egyszerre, hanem egymásután mennek végbe.

Fitting behozta az irodalomba az *előhatás* (*Vorwirkung*) fogalmát, hogy a tényállás előtt áll be a joghatás. Ez azonban lehetetlen. Vannak ugyan látszólag kivételes esetek, pl. rám nyílott egy hagyomány, még mielőtt elfogadtam volna, kérhetek biztositást (cautio legatorum servandorum causa). Azonban ez nem a hagyomány elfogadásának előhatása, hanem a már létező tényállapotnak, tehát az elfogadás előtti állapotnak következménye, hatása. A mint előhatás nincs, úgy *visszhatás* (*Rückwirkung*) sincs. Mikor pl. a holnap történő tényállásnak hatálya olyan, mintha tegnapelőtt ment volna végbe ez a tényállás. Csakhogy ez nem visszahatás, mert a hatás valóban csak holnap áll be, és az időbeli eltérés a hatásnak csak tartalmára, milyenségére vonatkozik. Beszélnek továbbá *függő hatás*-ról. Míg a successiv tényállás teljesen beáll, az egyes tényeknek lehetnek részhatásaik, a miket, mint láttuk, helytelenül előhatásoknak szoktak hivni, de lehetnek oly esetleges hatásai, a melyek látszólag egy későbbi tény bekövetkezésétől függnek. Pl. Nasciturus pro iam nato habetur: a férj elhal, neje várandós állapotban vas. Ilyenkor a születendőnek reserválunk egy gyermekrészt, a melyet, hogy megkap-e, függ attól, hogy élve születik-e meg stb. Ez a függő hatás sem egyéb azonban, mint a már bekövetkezett ténynek a hatása, a melynél csak az kérdéses, hogy megmarad-et Jobban mondva, szükséges egy másik tény, a halvaszületés, a melynek hatása az eddigi hatást lerontja.

A szabály tehát, mely alól kivétel nincs, az, hogy a hatás csak a jogtény után áll be.

A szerint, a mint a jogi tény következtében, valamely jog keletkezik, változik, vagy megszünik, szereztetik vagy elvesztetik, vannak jogkeletkeztető, változtató, megszüntető, jogszerző és jogvesztő tények.

A jogi tényeket két nagy csoportba oszthatjuk: szándékolt jogi tények vagy cselekmények, és nem szándékolt egyéb tények. Ezek közt legnevezetesebb az idő folyása.

L. még Kajuch 105 oldal: fictio és praesumptiv tények. Vécsey a tény fogalmának megjelölésére használja a cselekvény szót.

24. §. A jogi cselekmény.

Cselekvény alattt értünk *szándékos testi magatartást*. Szándékos, azaz tudatos és akaratos. Nem cselekvény e szerint a rám kényszerített magatartás, sem a belső psichologiai folyamat okozta nem is magatartás, hanem úgynevezett reflex mozgás. Magatartás, azaz nemcsak valami tevés, mozgás, hanem lehet nem tevés, nem mozgás, nyugvás is. Végül testi, tehát a mi csak belsőleg történik és külsőleg nem jelentkezik, az nem jogi eselekvény, mert cogitationis poena nemo patitur. Ezt Iustinianus még nem ismerte el. (Ez szintén különbség jog és illem közt egyrészt, erkölcs közt másrészt. Jog és illem csak külső cselekményeket, erkölcs belsőket is szabályoz).

In concreto nézni kell, ha valamely cselekvény után jogi hatást észlelünk, vajjon ez a hatása annak a cselekvénynek hatása-e? Mert post hoc még nem propter hoc. Pl. Megeszem valakinek az almáját, annak tulajdonjoga megszünik. Itt nem az evés a jogi cselekvény, hanem az alma megsemmisülése. Hogy ez evés által történt, az véletlen. Én az ön fáját beültettem az én kertembe, ez ottan gyökeret ver. Ez az ú. n. inplantatio ténye. Az ön tulajdonjoga megszűnik, az enyim nagyobbodik, de nem az én beültetési cselekményem folytán, hogy beültettem, hanem azon tény folytán, hogy gyökeret vert.

A szolgalom non usus által megszűnik. Jogi cselekvénynek eredménye ez a non usus? Nem. Mert ha ez a non usus nem is történt szándékosan, a szolgalom mégis megszűnik. Tehát a szándék a non ususnál irrelevans, már pedig cselekvény csak az szándékolt testi magatartás, melynek a szándék lényeges, relevans alkateleme.

A jogi cselekvény lehet 1. *megengedett* 2. *tiltott cselekvény*.

A megengedett ismét kétféle lehet. Lehet először olyan, a melyből előáll egy bizonyos jogi hatás tekintet nélkül arra, hogy a cselekvő fél ezt a hatást elő akarta-e idézni vagy sem. Magát a magatartást kell akkor is szándékolnia, mert különben nem lehet cselekvényről szó. Pl. a költő verset ír. Ez cselekvény. De megirja ő a költeményt nem is gondolva arra, hogy az ő javára a szerzői jog előálljon, pedig előáll. Ilyen a thesauri inventio is az egyik nézet szerint, ha megpillantja a kincset, övé, akár akarta, akár nem; a másik szerint ugyanaz következik be, de csak akkor, ha birtokba veszi. Ilyen az occupatio: ha egyszer valaki az uratlan dolgot apprehendálta, az az ő tulajdona lesz, akár akarja, akár nem.

Ide tartozik a specificatio, mert ennél meg feltétlenül szükséges, hogy a specifikáló személy ne tudja, és igy ne is akarhassa a tulajdonszerzést. Ide sorozandó a nemzés is. Ezt magát akarta a két fél, tehát cselekvény, de már a hatást, a gyermektartási kötelezettség beálltát már nem szándékolta, vagy legalább is irrelevans, szándékolta-e a fél, az okvetlenül beáll. Ilyen még a vasutak felelőssége. Ezek neutralis megengedett cselekvények.

A megengedett cselekvény másodszor lehet jogügylet. Legáltalánosabban úgy lehet definiálni, hogy olyan megengedett jogi cselekmény, a melynek a hatása csak annyiban van meg, a mennyiben a cselekvő fél ezt akarta. *Szándékolt joghatású megengedett jogi cselekmény*. Ha A. szerződik B.-vel, akkor ennek az a hatása, és olyan a hatása, a mit és a milyent A. és B. akartak. Nézni kell az akaratot, mit akartak (l. keresk. törv. 265. §-át.)

Összetett tényállásban lehet az egyik elem jogügylet, a másik neutralis cselekmény, lehet többes jogügyleti cselekmény, és lehet jogügyleti cselekmény és tilos cselekmény is. Ez utóbbi esetben az össztényállás mindig tilos lesz. Pl. az apprehensio, a birtokbavétel, jogügylet, csak azért lesz birtokomban a dolog, mert akarom. De ha én idegen dolgot apprehendálok, akkor a jogügyleten kívül tiltott cselekmény is, furtum is van benne, igy az összcselekmény is tilos. Tehát a jogügylet lehet tilos cselekménynek egyik eleme. Jogügyleti cselekmény eleme azonban tilos cselekmény soha sem lehet. Az előbbi esetre még példa: a lex Aquilia második része. Több correalis hitelezőtárs, adstipulator, közül az egyik a többi megkárositására acceptilatióval elengedi az adósnak a követelést. Az acceptilatio jogügylet, de itt eleme tilos cselekménynek, delictumnak: a damnum iniuria datumnak. Más példa a senatus consultum Macedonianum ellenére kötött kölcsön. A kölcsön mindig jogügylet, de itt azzal a ténynyel együtt, hogy filius familiasnak adatott, tilos összeredményhez vezetett. Az adásvétel jogügylet, de ha valamely adós viszi végbe a vevő tudtával a hitelezők megkárositására, akkor az actio Pauliana alapjául szolgáló tilos cselekményt viszi végbe.

25. §. A jogügylet.

Mint látjuk olyan megengedett jogi cselekvény, mely jogi hatását annyiban hozza létre, a mennyiben a cselekvő azt akarja. De cselekvő fél alatt nem az in concreto cselekvő felet értjük, hanem az abstract cselekvő felet, azt a bizonyos római bonus paterfamiliast. Hiszen a concret fél akaratát nem is tudhatom, mert az akarat tisztán belső valami. Ha mégis a concret cselekvő fél akaratát kutatom, akkor azt az akaratot veszem, a mit róla, mint átlagos tisztességű emberről felteszek. Ez annyira igaz, hogy ha ő főeskűvel még be is akarná bizonyítani, hogy neki más a psychologiája, mint másnak, ez számba vehető nem volna. A jogügylet tehát

nem tilos

olyan megengedett jogi cselekvény, a melynek hatása olyan, a milyet az illető jogügyletnél az átlagos tisztességű felek akarni szoktak. Ez a helyes definitio, de ez is fentartással. A jogügyleteknek vannak kisebb fontosságú hatásai is, a miket a laikus ember, az ügyleti fél, nem szokott tudni, így tehát nem is akarhat, de a miket a jog mégis hozzáfűz. Pl. az adásvételnél hogy ki viseli a casus veszélyét, arra a felek nem is szoktak gondolni. És mert a felek akarata erre a pontra nem szokott kiterjedni, a törvény köteles ezt szabályozni, köteles szerződéspótló, subsidi árszabályokat felállítani. De a főhatásokat, azokat felállítja az átlagos feleknek tapasztalat szerinti akarata szerint. Talán a fentire való tekintettel definiálja Vécsey a jogügyletet következőképen: A félnek jogos cselekvénye, melyhez a tételes jog szerint bizonyos joghatás fűződik lehetőleg összhangban az ügyleti félnek kinyilvánított akaratával.

A jogügyletek kétfélék. Vannak olyanok, a melyeket a jog már életben talált, pl. a csere, nemi viszony, és vannak mesterségesek, mint a mancipatio, in iure cessio.

Schlossmann, Bechmann, stb. az ujabb időben definitiónk ellen azt hozzák fel, hogy a jogügyletnél a félnek akarata nem is a joghatásra, hanem gazdasági, lényeges hatásra van irányítva. Szerintük a ki bundát vesz, annak csak az az akarata, hogy ne fázzon, de sem evictióra, sem actio empti megszerzésére nem gondol. A joghatást a jog tukmálja rá. Ez azonban nem igaz, ő nemcsak a bundát akarja, hanem biztosan akarja bírni, úgy hogy csak ő használhassa, azaz ő a tulajdonjogot akarja, természetesen csak mint eszközt a czél elérése.

Csakhogy nem minden cselekmény, a melynek a jogi hatását a fél akarja, sőt a melyet azért visz végbe, mert ezt a joghatást el akarja érni, jogügylet is egyszersmind. Minden télen több lopás történik, nemcsak azért, mert a szükség nagyobb, hanem mert sok ember azt akarja, hogy őt becsukják. Azért a lopás még sem jogügylet, mert nem megengedett cselekmény. Ha a költő nem azért költ, mert múzsája szoritja, hanem mert el akarja adni a manuscriptumot, tehát azért költ, hogy beálljon a joghatás: a szerzői jog, szintén nem jogügylet van jelen. Mert azt kell kérdeznünk, hogy ha ő nem is akarná ezt a hatást, vajjon az azért nem állna be? Felelet, hogy bizony beállana, mert itt nem a cselekmény, hanem az esemény hozza létre a jogi hatást. Jogügyletről tehát csak akkor lehet szó, ha a joghatás csak *azért* állt be, *mert* a fél azt akarta. De ha az akaratot keressük, nem a belső akaratot kell néznünk, azt nem is lehet, hanem néznünk kell, hogy a fél eljárása olyan volt-e, hogy a bonae fidei birónak azt kell hinnie, hogy ezt a joghatást, azaz mint fentebb láttuk, a főhatásokat akarta.

A jogügylet a félnek az a jogi cselekménye, a melyhez hatásképen dispositiv jogszabály hozzá van fűzve. Mig ez a fél cselekménye, addig az itélet birói cselekmény, szintén oly cselekmény,

mely dispositiv jogszabályt hoz létre. Jogügyletről tehát nemcsak a magánjog, hanem a közjog (perügylet), a nemzetközi jog (nemzetközi szerződés) terén is lehet szó.

In concreto gyakran nehéz megállapitani, vajjon jogügylettel van-e dolgunk, mert, mint láttuk, beállanak oly hatások is, a melyeket a felek nem akartak. Ellenben a neutralis tényeknél is előfordul oly hatás, a melyet a felek akartak. Úgy hogy az ellentét a jogügylet és a neutralis cselekmény közt nem annyira qualitativ, mint quantitativ. A kérdés tehát csak az, hogy mennyi az a minimum, mely a jogügylethez megkivántatik. A nemzés nem jogügylet, de már a szülésről Cohner azt mondja, hogy jogügylet. Vitás az occupatio, az apprehensio, derelictio, specificatio. Ezek közül az apprehensio és derelictio jogügyletek, mert lényeges alkatelemük az animus, a szándék, a másik kettő pedig neutralis cselekmény.

Mi a jogügylet tartalma, illetőleg mi az a megengedett cselekmény, melyet jogügyletnek nevezünk? Savigny szeriut *akaratnyilvánitás*. Ebből annyi igaz, hogy minden jogügyleti cselekményben benne van az akaratnyilvánitás. De eltekintve attól, hogy pl. a szerződés nem akaratnyilvánitás, hanem akaratok nyilvánitása, Savigny meghatározása azért is helytelen, mert nemcsak akaratnyilvánitás lehet a jogügyletben. Az adósság kifizetésénél nem elegendő az akaratnyilvánitás, hogy fizetek, hanem kell a tényleges fizetés is. Hogy ez két dolog, onnan is látszik, hogy ez a kettő gyakran széjjel is van választva, pl. a brevi manu traditiónál. A tényleges átadás itt előbb történik és csak később az akaratnyilvánitás, hogy tulajdonomat át akarom ruházni.

Igy kétféle jogügyleti cselekményről kell beszélni, tiszta akaratnyilvánitási ügyletek és vegyes tényállású jogügyletek (akaratnyilvánitás + más reális tény). Az akaratnyilvánitásban is két momentumot kell megkülönböztetni, az akaratot és a nyilvánitást.

26. §. Akaratnyilvánítás.

Az akaratnyilvánitás oly cselekmény, a melylyel valamely jogi hatásra irányuló akaratunkat más személynek tudtára adjuk. Lényeges a jogügyletnél, mert miként a bűncselekményeknél, úgy a magánjogban is áll a szabály, hogy cogitationis nulla poena: a belső akaratnak nincs joghatása. Dahn Felix szerint az akaratnyilvánitás csak a belső akarat bebizonyitására való. Ez azonban nem áll. Mert ha valakiről be is tudom bizonyitani, hogy ő ezt vagy azt akarta, de ő velem ezt az akaratát nem nyilvánitotta, akkor ennek a belső akaratnak nem lesz jogi hatása.

Az akaratnyilvánitás mikéntje sokféle lehet. A legközönségesebb a kiejtett, vagy leirt szó. (Meg kell azonban jegyezni, hogy a szó, az irás nemcsak az akaratnyilvánitásra szolgál, gyakran

tényértesitést tartalmaz, valaminek megtörténtét tudatom, pl. a keresk. törv. 305. és 306. §. értesités a keresk. zálog eladásáról).

Az akaratnyilvánitás történhetik más által is, nemcsak szó által. Fel nem sorolhatók az akaratnyilvánitást magában foglaló cselekmények. Ezek közt meg szoktuk különböztetni a *kifejezett* és *hallgatólagos* akaratnyilvánitást. Csakhogy más-más irók ez alatt mástmást értenek. Vannak olyanok, a kik azt mondják, hogy a hallgatólagos akaratnyilvánitás a hallgatásban, nem tevésben, negativ viselkedésben áll, mig kifejezett akaratnyilvánitás a positiv cselekmény. Csakhogy ez nem felel meg a praktikus szóhasználatnak. Ha én a villamosra felugrom, ezzel, tehát positiv cselekménynyel, hallgatólagosan kötöm meg a locatio conductio operis-t. Mások kifejezett alatt az élő szót és irást értik, hallgatólagos alatt minden egyebet. Ez sem áll, mert szóval is lehet hallgatólagosan akaratot nyilvánitani, pl. azt mondom a kereskedésben: vágjon le három rőföt. Savigny azt mondja: ha az én cselekvényemnek, magatartásomnak direkt czélja az, hogy ön ebből az akaratomat megtudja, akkor ez kifejezett akaratnyilvánitás, hallgatólagos pedig az a cselekmény, melyet nem ebből a czélból végeztem, de mégis kivehető belőle az akaratom. Csakhogy honnan tudjuk azt, hogy valaki egy cselekvényt mily czélból visz véghez? Továbbá néha a hallgatás direkt akaratnyilvánitási czélzatból történik, e szerint ez is kifejezett akaratnyilvánitás volna. Ezt azonban Savigny nem akarja mondani. Főleg azonban azért helytelen Savigny nézete, mert ha a hallgatólagos akaratnyilvánitás oly cselekmény, melynek nem czélja az akaratnyilvánitás, akkor az nem is akaratnyilvánitás a de internis non indicat praetor elvénél fogva. Zittelmann, Leonhard, stb. úgy különböztetnek meg, hogy kifejezett a szokásos akaratnyilvánitás, tehát a szó mindig, de lehet más is, pl. a szavazásnál a felállás, hallgatólagos pedig a kevésbbé szokásos, tehát kevésbbé is érthető formák. Csakhogy hol van a határ szokásos és nem szokásos közt?

Az egész megkülönböztetésnek nincs praktikus létjogosultsága, mert mindkét fajta akaratnyilvánitásra ugyanazok a szabályok állanak. Az egyedüli alkalmazása a megkülönböztetésnek az, hogy a törvény néha azt mondja, hogy ennek vagy annak kifejezetten kell kikötve lennie. De a törvények is mást-mást értenek ez alatt. Ma úgy általánosságban a szóban kifejezett akaratnyilvánitást tekintjük kifejezettnek.

Vécsey megkülönböztet közvetlen és követett nyilatkozatot a Savigny meghatározásával. Szerinte a hallgatás csak akkor jelent beleegyezést, ha a törvény direkt nyilatkozatot követel (190 old).

Kajuch csak a hallgatást tekinti hallgatólagos akaratnyilvánitásnak, minden egyéb kifejezett. Szerinte a hallgatás beleegyezést jelent. A kifejezett nyilvánitás lehet szerinte közvetlen és követett (115 old).

Bármilyen is az akaratnyilvánitás, azt mindig értelmeznem kell. Ennyiben minden akaratnyilvánítási cselekmény *factum concludens*, azaz olyan cselekmény, a melyből conclusio, következtetés

útján tudom meg az akaratot. (Factum concludens alatt azonban csak a nem szóbeli akaratnyilvánítást értjük.) Néha a cselekmény csak homályosan fejezi ki az akaratot, két vagy többféle értelmezést enged és azért maga a cselekvő egy ujabb cselekménynyel mutat rá cselekménye igazi értelmére és kizárja a többi értelmezést, hogy félre ne értsék. Ez az újabb cselekménye a *protestatio*. Ez tehát szintén akaratnyilvánítás. De ez által csak oly értelmezést lehet adnia, mely előbbi cselekményében már benne volt Ha ő más értelmet akar tulajdonítani első cselekményének, mint a milyen tényleg benne volt, vagy ha annak csak egy, kétségtelen értelme volt, és ő azt ki akarná zárni, az ilyen *protestatio facto contraria*, és hatálytalan. Legtöbb értelmezést a hallgatás engedvén meg, ez szorul leginkább protestatio általi magyarázatra. A hallgatásnál mindjárt az is nehéz kérdés, vajjon az illető a hallgatással jogi cselekvényt akart-e végezni, vagy nem. Legkevésbbé szabad pedig a hallgatást úgy magyaráznunk, hogy qui tacet, mindig consentire videtur.

Beszélünk még *vélelmezett és fictiv* akaratról. Ha több értelme lehet az akaratnyilvánítási cselekménynek, in dubio a biró választja ki a valószinű értelmet; ez a tényleges vélelem: *praesumtio facti* vagy *hominis*. Gyakran maga a törvény állítja fel a több értelmű nyilatkozat valószinű értelmét: ez már *praesumtio iuris*. A vélelmezett akarattal szemben az ellenbizonyitás meg van engedve, a fél bebizonyíthatja, hogy tényleg nem ezt, hanem azt akarta. Ha ez az ellenbizonyitás ki van zárva, akkor a vélelem megdönthetlen és neve *praesumtio iuris et de iure*. (A vélelem persze nemcsak a cselekményeknél, hanem az egyes tényeknél is előfordulhat, a hol azt jelenti, hogy egy tényt, a mely nem biztos, hogy megtörtént-e, a biró vagy a jog megtörténtnek vesz, a mivel szemben szintén lehet vagy esetleg nem lehet ellenbizonyításnak helye.)

Fictiv akarat az, ha a törvény a hatást olykép fűzi a cselekményhez, hogy a cselekmény olybá tekintendő, mintha a cselekvőnek ez és ez lett volna az akarata, holott a tényállásból világos, hogy az illetőnek nem ez volt az akarata. (Fictiv tény, tényleg meg nem történt tény, melyet a jog megtörténtnek vesz, a mi ellen persze ellenbizonyításnak nincs helye. A praesumtio iuris et de iure az a határ, a hol a vélelem és a jogképzelem (fictio) találkozik.) A fictiv akaratnál a hatás nem az akarat következménye, tehát nem jogügyleti hatás, hanem ex lege hatás.

27. §. Az akaratnyilvánítás formája.

Rendszerint beszélni szoktak a jogügylet formájáról, de minthogy a jogügylet tényalapja nem mindig csak akaratnyilvánítás, hanem reális cselekmény is, és ezenfelül nyilvánvaló, hogy ez utóbbinak formájáról nem lehet szó, tehát csak az akaratnyilvá-

nítás lehet kötve bizonyos formához. Sőt egy jogügylet több akaratnyilvánításból is állhatván, lehetséges, hogy csak az egyik formai, a többi nem. Pl. a váltó a váltószerződési elmélet szerint két akaratnyilvánítás: a váltó kiállítása és a váltó átvétele. E kettő közül csak az első formai. Minden akaratnyilvánítás természetesen bizonyos formában történik, de *formai jogügyletről csak akkor beszélünk, ha a tényalapot akár részben, akár egészben képező akaratnyilvánítás kötve van bizonyos formához olykép, hogy ez az akaratnyilvánítás a czélzott hatást csak ebben a formában hozza létre.* A lényeges tehát nem az, hogy in concreto az ügyletkötő fél valami különösen feltűnő formában nyilvánította a maga akaratát, hanem az, hogy ha a hatást el akarta érni, akkor ebben a bizonyos formában vagy formákban, a melyek nem okvetlenül feltűnőek, kellett azt nyilvánítania. Lehet tehát több forma is, és akkor a fél ezek közül szabadon választhat, ez tehát alternativ formaság. És így formai és formátlan jogügylet közt a különbség nem, qualitativ, hanem quantitativ, mert formátlan jogügylet az, hol a fél számtalan forma közt válogathat.

A formai jogügylet neve: *alaki*, *formalis*, *ünnepélyes*, *sollemnis* jogügylet. A formalis szóval azonban mást is jelölünk. Formalis vagy abstract jogügyletről beszélünk, ellentétben a causalis vagy materialis jogügylettel. Formalis vagy abstract jogügylet az a jogügylet, melynek megvan a hatása, tekintet nélkül arra, hogy miért, miféle czélból köttetett a jogügylet. Ez tehát más, mint a mit mi formai, formalis jogügylet alatt értünk. A terminusok zavarát itt még az is tetézi, hogy a római jogban az abstrakt (formalis) ügyletek egyúttal formaiak is, pl. a stipulatio. Ma a váltó szintén formai is, abstract is. Ma azonban elismerjük a cautio indiscreta-t, a mely abstract kötelezvény ugyan, de nem formai.

Mi a formaság czélja a jogügyletnél? Hiszen a formaság kellemetlen, időbe, munkába és pénzbe kerül és veszélyes, mert a forma elvétése veszélyezteti az ügylet hatását. Ezzel szemben vannak a formának előnyei befelé a felekre nézve, és kifelé harmadik személyekkel szemben is. A félre nézve előnyös, mert nehezíti az ügyletet, óvatosságra int. Kifelé megkönnyíti a jogügylet megtörténtének a bizonyítását és a jogügylet tartalmának felismerését, tehát az értelmezést. Az előnyök és hátrányok mérlegelése fontos feladata a törvényhozónak, mielőtt valamely jogügyletnél a formaságot megkívánja. Csekély dolgoknál például túl kell tennünk magunkat a formaságon.

A jogügyletek története azt mutatja, hogy a legrégibb jogügyletek formaiak. Ebben azonban nem a fönti előnyök voltak a főmotivumok, hanem a naiv népnek szeretete minden ceremonia iránt. Ebben különben a divatok változtak. A mi keresk. törvényünk vallja a formátlanságot, ma megint a formaság felé hajlanak.

A különböző formaságok számát fel se lehet sorolni. Legszokásosabbak: bizonyos szavaknak a használata pl. ma a váltó, egyéb cselekmények, pl. a negotia per aes et libram, lóvásáron az ökölcsapás, a börzén a slusz. Ma a legfontosabb az irás. Itt megint meg kell különböztetnünk, hogy néha csak irás kell általában, néha bizonyos szavak irása, pl. a kezességhez irás kell, bár nem bizonyos szavakban. Az irásbeliség csak akkor az ügylet alakisága, ha a hatás beállta van az iráshoz kötve. Mert az irás szolgálhat a különben teljes hatású jogügyletnek pusztán bizonyítására is. Végül formai jogügylet az is, mely ügyleti tanúk jelenlétét tételezi fel.

28. §. Eltérés akarat és nyilatkozat között.

Kétféle akaratról lehet beszélni. Az ügyletkötésnél akarom először is az ügyletnek a joghatását, és másodszor épen ezért akarom az akaratnyilvánitási cselekvényt is. Az előbbi a *nyilvánított akarat* (erklärter Wille), az utóbbi a *nyilvánítási akarat* (Erklärungswille), vagy Zittelmann szerint *szándék*. Schwarz *joghatási* és *nyilvánítási akaratról* beszél.

Rendszerint ez a két akarat egyetértésben van egymással, congruens. Ha vis absoluta forog fenn, pl. kezemet erővel vezetik, vagy hypnosisban cselekszem valamit, sem az egyik, sem a másik akaratról nem lehet szó. Előfordul, hogy esetleg más azt hiszi, hogy én nyilvánítottam akaratot, holott ez nem történt meg, pl. a szinész a szinpadon játék közben igér 100 frtot. Itt sincs meg egyik akarat sem. Mert az a szó, hogy igérek, még nem döntő, az nem akaratnyilvánítás. Ő szerepet akart mondani, de sem kötelezni nem akarta magát, sem ezt a kötelezettséget nem akarta kifejezni. Itt is még congruentia van a kétféle akarat közt.

Néha azonban incongruentia fordul elő, a fél mást akar, mint a mit nyilvánított. Ez történhetik vagy tudatosan vagy nem tudatosan.

A tudatos incongruentia a *simulatio*, a szinlelés. Tudatosan jelentem ki, hogy egy bizonyos joghatást akarom, holott tényleg nem akarom. Ez lehet egyoldalú: *reservatio mentalis*, (pl. egy koldúsnak henczegésből 5 frtot adok, gondolva, majd visszakövetelem). De ettől meg kell különböztetni azt, ha ketten beszélnek össze, és egy harmadikkal szemben simulálnak. Rendszerint csak itt beszélnek simulatióról. Pl. a férj és feleség adásvételi ügyletet kötöttek, pedig tényleg ajándékozás volt. Egymással szemben a kettő kijelenti valóságos akaratát, tehát akaratjuk a nyilatkozattal egymás irányában összevág. A valódi tényállás ez esetekben az, hogy ők harmadik személyekkel szemben az akaratnyilatkozatnak csak egy részét adják meg. Az egész t. i. az, a mit ők megbeszélték, a minek azonban egy része csak négy szem közt történt. Ez esetben kettőt kell megkülönböztetnünk: egy ügyletet, melyet ők

kifelé szinlelnek, de melyet ők nem akarnak, ez a *negotium simulatum*, (példánkban az adásvevés), eltakaró ügylet, és egy a másikkal eltakartat: a *negotium dissimulatum*-ot. Nem minden negotium simulatum mögött van dissimulatum, lehet, hogy semmi joghatást sem akarnak pl. csalásnál. De a hol negotium dissimulatum van, van simulatum is.

A külső nyilatkozattól eltérő belső szándékot a jogrend figyelembe nem veszi, igy a mentalis reservatio nem érvényes, és a harmadik személy magát a kinyilatkoztatott akarathoz tarthatja, a negotium simulatumhoz.

E tudatos eltérésétől az akaratnak és nyilatkozatnak meg kell különböztetni a nem tudatosat. Mást nyilvánítottam ugyan, mint a mit akartam, úgy azonban, hogy erről tudomásom nem volt. Más szóval: *tévedésben* voltam Itt ismét két eset van. Az egyik az, a mikor én magát a nyilatkozati cselekményt, úgy a mint megesett, nem akartam, pl. elszóltam magamat, vagy mikor félrekapok, nem azt kapom meg, a mit akartam, mikor a kötelezvényt akarom szétszakítani és szétszakítom tévedésből a váltót. Ez az *elvétés*, *aberratio ictus*. Fontosabb a másik eset: mikor a nyilatkozati cselekményt úgy, a mint véghez viszem, akartam is. De az mégsem vág össze az én akaratommal, mert t. i. tévedésben voltam a nyilatkozat értelme felett. Ennek oka a népszokások, a nyilvánítási eszközök nem pontos ismerete stb., pl. idegen nyelven beszélek és elvétem a szót.

De nem mindig, mikor tévedésről beszélünk, forog fenn eltérés akarat és nyilatkozat között. Ilyen eset az *indokban való tévedés*: én a cselekményt akarom, a melyet véghez vittem, de nem akartam volna, ha egy bizonyos másik körülményt, mely cselekményemnél döntő volt, tudtam volna. Pl. azt hittem, nincs pénzem és azért aláirtam a váltót, holott tényleg van pénzem. Az ilyen indokban való tévedés rendszerint közömbös.

A *félreértés* a másik esete a tévedésnek, a mikor nincs eltérés az akarat és nyilatkozat közt. Pl. ön üzen nekem valamit, de az üzenetvívő mást mond, és én az üzenet alapján kötöm meg önnel az ügyletet. Itt nem jön létre szerződés, mert mindegyik fél téved nem a saját nyilatkozata iránt, hanem a másik nyilatkozata iránt.

A tévedés, error szót az indokban való tévedésre és a félreértésre is használja a római jog E kettőnél azonban nincs eltérés akarat és nyilatkozat közt. De vannak esetek, mikor nehéz meghatározni, vajjon tévedés forog-e fenn obiectiv értelemben, vagy indokban való tévedés, illetve félreértés.

Már most mi e tévedések joghatása. Erre nézve különböző felfogás van. Savigny úgy nevezett *akarati theoriájában* azt mondja, hogy joghatás, eltekintve a simulatio és mentalis reservatio esetétől csak akkor áll be, ha a nyilatkozat és az akarat összevág. De a mikor az én nyilatkozatom és akaratom össze nem vág, akár a

cselekvény elvétése, akár tévedés nyilatkozatom értelme fölött volt ennek oka, továbbá, ha nyilatkozatom összevág ugyan akaratommal, de az én akaratom nem vág össze a másik fél akaratával (a félreértés), tisztán logicai oknál fogva nem származik se jogügylet, se joghatás: mert a jogügylet akaratnak azzal összevágó nyilvánítása. Savigny odáig ment, hogy, ha én tévedtem, a másik meg nem, akkor, ha jóhiszemű, ő is hivatkozhatik a tévedésre. Ez az akarati theoria semmikép sem áll meg, bár logicus.

A 70-es évek második felében támadt az ellenirány, mely a Savigny elméletét főleg practicus szempontokból támadja. Bähr Otto intézte az első támadást, kiindulva abból, hogy ha a tévedő már bele is nyugodott tévedésébe, a másik az ügyletet érvényteleníthet, a mi nyilván helytelen. De az ő elmélete, az u. n. *nyilatkozati theoria* is végletbe esik. Azt mondja ugyanis, hogy úgy mint a régi római jogban: uti lingua nuncupassit, ita ius esto, a jogügyletnél az akarat indifferens, a nyilatkozat a fő. (A későbbi, a classicus római jogban már a voluntatis questio döntő befolyásra jutott.)

Schwarz szerint meg kell különböztetnünk kétféle ügyletet: forgalmit és nem forgalmit (család és örökjogiak). A nemforgalmiakra a Savigny-féle elv áll, a forgalmiakra nagyban és egészben a nyilvánítási elmélet. De három szükséges, 1. a két fél jóhiszeműsége, ne lehessen nekik hibául felróni; 2. ne legyen a helyzet már re integra, mert mig a másik fél még nem csinált semmit, tehát re integra áll a dolog, a tévedő fél úgy is visszaléphet; 3. a tévedésnek az ügylet lényeges pontjára kell vonatkoznia. Csakhogy mi az ügylet lényeges pontja? Régebben ennek tekintették a személyt a kivel, a dolgot, a melyre nézve, és az üzleti formát, a melyben az ügyletet kötöttem (Error in persona, in obiecto, in negotio). Ez egyrészt sok, gyakran kevés, néha az időpont fontosabb mint a személy, sőt még mint a dolog is. Pl. mindegy budai vagy burgundi bort hoz, de ma kell hoznia, mig vendégeim vannak. Másrészt meg gyakran a félnek fontos a személy, de a jog ezt mégsem veszi tekintetbe pl. a cseh lisztet vesz magyar embertől, mert nem tudja, hogy az; később már nem hivatkozhatik tévedésére, mert bár személyben tévedett, de tévedése még sem lényeges. Hogy mi tekinthető lényegesnek, arra általános szabályt nem lehet felállítani, itt megint előtérbe lép a bonus paterfamilias iudiciuma.

(Vécsey a tévedést az indoknál tárgyalja 192. oldal. Kajuch velünk összhangzólag 115—117.)

29. §. A jogügylet indokai.

Indoka minden jogügyletnek van, de a jog nem kutatja ezt az indokot, kiindulva az elvből, hogy de internis non iudicat praetor. Az indok tehát nem tartozik a jogügylet tényállásához, és

ez a bebizonyíthatóság szempontjából helyesen is van igy. Kivételesen vannak esetek, a mikor az indok is tekintetbe jön. Pl. a megjutalmazás czéljából történő u. n. remuneratorikus ajándékozásra más szabályok állanak, mint a rendes ajándékozásra. Ez pl. visszavonhatatlan még hálátlanság esetén is, történhetik supra modum stb.

Általában csak 3 eset az, a melyben az indok relevánssá válik. Ez a három eset: az indokban való tévedés, a csalás és a megfélemlítés.

1. *Az indokban való tévedés* esetén a megkötött jogügyletnél akartam tenni a megtett nyilatkozatot, a joghatást is akartam, de csak azért akartam, mert azt hittem, hogy valamely ténykörülmény így vagy úgy van, volt vagy lesz, holott valóságban nem igy volt, van vagy lesz. Tévesen feltett ténykörülmények indítanak engem egy bizonyos jogügylet megkötésére. Ezt az indokban való tévedést a jog rendszerint nem veszi tekintetbe, csak egyes kivételes esetekben, így a nem forgalmi és különösen a halál esetére szóló jogügyleteknél. Ezeknél az ügyletet pl. a hagyományt meg lehet támadni az indokban való tévedés czimén, de forgalmi jogügyleteket ez alapon nem lehet megdönteni. Ha az ügyletet kötő fél mégis releváussá akarja tenni az indokot, akkor azt bele kell venni a tényállásba, mint feltételt. (A németek ezt Voraussetzungnak hivják). Pl. én ezt az ügyletet megkötöm, de csak ebből az indokból, és csak annyiban, a mennyiben ez az indok áll. Ezt a fél többé kevésbbé világosan mondhatja, néha nem is mondja, de világos lesz egyéb kisérő körülményből. Ha az indok így a felek által az ügylet feltételeképen van feltéve, akkor mindig tekintetbe jő. Adott esetben nehéz megállapítani, vajjon indokban való tévedés, vagy akarat és nyilatkozat közti eltéréssel van-e dolgunk. Ezek különösen az error in substantia (a dolog tulajdonságában való tévedés) és az error in qualitate (az ember tulajdonságában való tévedés) esetei. Pl. megveszem a kanalakat, melyekről azt hittem, hogy ezüst; de ezt így is fel lehet állítani: megveszem a kanalakat, mert azt hittem, hogy ezüst.

2. A második esete annak, hogy a jog az indokot figyelembe veszi: a *megfélemlítés.* A rómaiak *vis ac metusról* szólnak, de ezek az elnevezések nem fejezik ki a lényegeset. Metus = félelem, már pedig az én félelmem még nem elegendő. A megfélemlítés és kényszer (vis) szintén nem megfelelők, mert ezek csak a másik személy szempontjából forognak fenn, de nem fejezik ki az én állapotomat. És kényszer testi behatást is jelent, erről pedig itt nincs szó, az vis absoluta, holott itt vis compulsiváról (fenyegetésről) van szó. A legjobbb a kettőt vagy összekapcsolni: vis ac metus, vagy magyarul megfélemedésnek hivni, ebben benne van, hogy engem megfélemlítettek és benne van az is, hogy féltem (Vécsey kényszernek 191. old., Kajuch fenyegetésnek hivja 108. old.) Ennek tényállása az,

hogy kötök egy ügyletet tisztán azon indokból, hogy megkerüljek valamely bajt, a melyet nekem külömben kilátásba helyeztek (a melylyel fenyegettek.) A testi kényszernél (vis absoluta) már a nyilatkozati cselekmény sem az én cselekményem, itt azonban a fenyegetésnél (vis compulsiva), nemcsak a cselekmény az én cselekményem, hanem az akarás is az én akarásom, a mit a rómaiak persze más szempontból úgy fejeztek ki: quamvis coactus sed volui. De meg kell különböztetni a megfélemedést a puszta félelemtől. (A scholasticusok a metus reverentialistól különböztetik meg, a hová a források említette sermo maritalist is sorozzák).

A megfélemlitésnek, a fenyegetésnek azon személy részéről kell fenforognia, a kivel az ügyletet kötöttem. Kell, hogy a fenyegetés, a félemlítés obiective igazolt félelmet okozott legyen, bármely átlagos bátorságú ember is félt volna. Olyan bajt kellett kilátásba helyeznie a fenyegetésnek, a mely valamely fontosabb érdekemet veszélyeztette: életemet, testi épségemet, szabadságomat, vagy hozzám tartozóim életét stb. Ezeket említik a források, de sehol sem tesznek említést mint félemlítést előidéző okról erősebb vagyoni kártétel fenyegetéséről, sőt a jó hír veszélyeztetését sem tekintik félelmi oknak. A modern juristák szerint az ezzel való fenyegetés is elegendő. A fenyegetésnek harmadszor jogosulatlannak kell lennie. Ha a hitelező adósát executióval fenyegeti, és az adós ennek hatása alatt fizet, nem támadhatja meg a fizetési jogügyletet (solutiot) azon a czímen, hogy megfélemedésből tette. Negyedszer kell, hogy az ügylet, a melyet én a megfélemedés következtében kötöttem, rám nézve káros hatású lett légyen. Már ebből a szempontból sem volna a fenti példában a fizetés invalidálható.

Ha ilyen megfélemlítés, mely mind a négy követelménynek megfelel, forog fenn, akkor az ilyen indokból kötött jogügylet vagy semmis vagy megtámadható. Semmis, ha halál esetére szóló ügylet, megtámadható minden inter vivos negotium. A megfélemlített megtámadhatja. Eszközei erre a következők: 1. Valahányszor a kényszerítő fél vagy annak rossz hiszemű jogutódja, vagy ha nem is rosszhiszemű, de az ügyletből gazdagodott jogutódja az ügylet alapján követelést támaszt, a megfélemedett *exceptio quod metus causaval* élhet. 2. De ő maga támadólag is felléphet. Még pedig, ha bonae fidei szerződés volt az ügylet, megtámadhatja a szerződési keresettel: actio emptivel, venditivel, stb. sőt nemcsak a dolgot, hanem még az interesséjét is követelheti. Ha nem bonae fidei contractus, hanem pl. stricti iuris volt, pl. stipulatio, mutuum, vagy egyáltalában nem kötelmi szerződés, hanem pl. dologi jogi ügylet volt a kényszer tárgya, akkor külön keresettel kell megtámadnia, delict keresettel: *actio quod metus causaval.* Ez az actio a négyszeresre megy, indítható a kényszerítő és bármely rosszhiszemű, illetve az üzletből gazdagodott successora ellen, holott a szerződési kereset csak az kényszerítő és annak universalis successora ellen.

Delict kereset lévén, kötelmi kereset, tehát actio in personam, de mégis mindenki ellen megindítható, azért neve actio in personam in rem scripta 3. Harmadik megtámadási eszköze a megfélemedettnek az *in integrum restitutio,* a mely a justinianusi jogban már nem kegyelmi tény, nem adatott mint régebben esetről-esetre, hanem meg van adva mindenkinek, a kire a praetori edictumban leírt tényállás talál.

3. Az indok relevans voltának harmadik este: a *dolus*, *csalás* (helyesebb volna megcsalatásról szólni). A csalás szándékos megtévesztés vagy tévedésben tartása a félnek oly czélból, hogy egy rá nézve káros ügyletet megkössön. Ha tényleg csak ezért kötöttem az ügyletet, akkor megtámadhatom az ügyletet.

a) Mint alperes, ha a csaló vagy jogutódja, ki arról tudott, vagy az ügyletből gazdagodott, beperelne, élhetek az *exceptio doli specialissal.* (Exceptio doli generalis minden kifogás.)

b) Mint felperes élhetek a szerződési keresettel, még pedig a szerint a mint a *dolus causam dans* (t. i. a dolus az egész ügylet szülő oka, dolus nélkül az ügyletet egy általában nem kötöttem nolna) vagy csak *dolus incidens* (t. i. az ügylet egyik-másik részében járulékos, dolus nélkül nem így kötöttem volna), az egész ügylet vagy csak egy része ellen és kérhetem a megfelelő interesset. Ha nem bonae fidei contractust kötöttünk, akkor delict keresetem van: az actio doli.

c) Az in integrum restitutio.

L. az indokra a mienkkel nagyrészt megegyezően, de különösen az institutiókra való tekintettel Kajuch 106—109 és Vécsey 191—192.

30. §. A jogügylet tartalma.

A jogügylet tartalma: cselekvényeim, különösen akaratnyilvánitásom, ennek viszont tartalmát azok a joghatások képezik, a melyeket akarok. Ezek a joghatások lehetnek vagy *essentialia*. vagy *accidentalia negotii.* Lényeges, essentalis alkatrészei a jogügyletnek azok a joghatások, a melyeket akarnom kell, ha ezt a bizonyos jogügyletet akarom megkötni. A többi joghatások, a melyeket akarhatok is, nem is, és ha akarom őket, külön ki kell tennem, az accidentalia, az esetleges (és nem mellékes) joghatások. E kettőhöz mint a jogügylet tartalmát még egy harmadik fajta joghatást is szoktak venni: a *naturalia negotiit.* Ezek azonban nem a jogügylet tartalmának részei, mert ezek csak akkor lépnek életbe, ha a felek máskép nem rendelkeztek, tehát subsidialiter vannak felállitva.

A jogrend rendszerint megadja a felek akarta joghatást, contractus contrahentibus legem ponit, de megkivánja, hogy az ügylet tartama ne legyen se physikailag, se jogilag lehetetlen, és ne legyen tilos, még pedig sem a jog, sem az erkölcs részéről. Az ezen követelményeknek meg nem felelő jogügyletek vagy létre

sem jötteknek tekintendők, tehát semmisek, vagy egyelőre meglesz a maguk hatása, de a jogrend megengedi egyeseknek, hogy később a jogügyletnek hatásait megszüntessék, tehát megtámadhatók. A semmis jogügylet érvénytelenségét a biró bármiképen jutott is az tudomására, tekintetbe kell, hogy vegye, holott a megtámadhatókét csak akkor, ha a jogosúlt fél rá hivatkozott. (Ennek practicus fontossága az, hogy semmis jogügyletnél a biróság előtt meg nem jelenés esetén nem kapok makacssági itéletet, holott a megtámadható jogügyletnél igen. A római per nyelven szólva a semmis jogügylet alapján álló követelést a biró visszautasitja, még ha alperes in iure nem is emelt exceptiot, holott a megtámadható jogügyleten alapulót csak exceptio emelése esetén). Semmiség és megtámadhatóság az a két forma, melylyel az objectiv jog a jogügylettel czélzott hatást megtagadja. A felek azonban nem nyugszanak bele abba, hogy a joghatás elő nem idézhető, és azért keresnek kerülő ügyleteket. *Kerülő ügyletről* tehát akkor van szó, ha a felek „A" ügylettel czéljukat nem tudván elérni, „B" ügyletet kötik (ez a kerülő ügylet), a mely szintén czélukhoz visz. Ha azonban a jog nemcsak az „A" ügyletet tiltja, hanem az azzal elérhető czélt is tíltani akarja, akkor, és csak is ekkor, a kerülő ügylet törvényt kijátszó ú. n. *in fraudem legis* ügylet. De a kerülő ügylet lehet megengedett is. A jogfejlődés tanúsítja, hogy régente valamely czél és az arra vezető ügylet tilos volt (vagy ismeretlen), később a czélt megengedettnek tartják ugyan (vagy megismerik), de conservativ államokban pl. Rómában, Angliában cessante rationis iuris non cessante et ipsa lege, az ahhoz vezető jogügyleti forma még tovább is tilos marad. Ez esetben csupa kerülő ügylet keletkezett; létező jogügyleti formákat oly czélokra használtak, a melyekre eredetileg nem voltak szánva. Ilyenek a *dicis gratia* vagy *imaginarius ügyletek* pl. a venditio imaginaria, melynek formájában a tulajdonátruházás (mancipatio), az emancipatio, a testamentum per aes et libram ment végbe.

Itt említhetők a fiduciarius ügyletek is. Az obiectiv jogban ismeretlen hatás elérése czéljából a felek sokkal nagyobb joghatású ügyletet kötnek (pl. mancipatiot, tulajdonátruházást), de egymás becsületében bízván tényleg csekélyebb hatásban egyeznek meg (ez volt a letét, zálog, haszonkölcsön stb. régi formája). Ilyen a manus fiduciaria stb.

L. Kajuch 119. 6. pont.

31. §. Accidentalia negotii. *a)* Feltétel.

Hogy melyek a jogügylet lényeges alkatrészei, azt csak az egyes jogügyleteknél, tehát a különös részben lehet tárgyalni. Az accidentalia-k közül egyesek már az általános részben tárgyalhatók, még pedig a feltétel és az időhatározmány, mert ezek a legtöbb

ügyletnél előfordulhatnak. Mások szintén a különös részben tárgyalandók, még pedig ott, a hol leggyakrabban előfordúlnak pl. a kamat a kölcsönnél (v. a kötelmi jog általános részében, Baron itt az általános részben tárgyalja), a meghagyás v. modus az ajándékozásnál. (Magának az ajándékozásnak elhelyezése is igen vitás. Baron az általános részben, Iustinianus a dologi jogban, a legtöbb pandektista és kézikönyveink is a kötelmi jogban tárgyalják.)

Feltétel (*conditio*) alatt értjük először a félnek azt a kijelentését, hogy ő a joghatást egy kétes jövendő ténytől teszi függővé, és másodszor magát azt a kétes jövendő tényt is. *Feltétel tehát a jogügyletnek azon esetleges határozmánya, mely által a felek a jogügylet bizonyos joghatását bizonyos kétes jövendebeli tény be vagy be nem következtétől teszik függővé.* Lényeges ebben először, hogy a joghatást teszik függővé, tehát sem a felek akaratát, sem a jogügyletet magát nem függeszti fel. Az akarat és a feltételes jogügylet tényállása már az ügyletkötéskor teljesen megvan. Lényeges másodszor, hogy jövendőbeli legyen a tény. Tehát nem feltétel a conditio in praesens vel in praeteritum collata. Harmadszor lényeges, hogy a jövendő tény kétes legyen; tehát nem feltétel az okvetlenül be- vagy be nem álló tény: conditió necessaria et impossibilis (Pl. Ha meghalok stb., ez nem feltétel.) Végül negyedszer lényeges, hogy maguk a felek tegyék függővé a ténytől a joghatást, nem a jog. És ezért nem feltétel a conditio iuris pl. a törvény kimondja, hogy a férj a hozományt csak akkor kapja meg, ha a házasságot megköti. És ez nem feltétel még akkor sem, ha a felek pro superfluo külön ki is kötnék.

A feltétel fajai: 1. *Conditio affirmativa et negativa,* a szerint, a mint a joghatás valamely tény be- vagy be nem következtétől van függővé téve. Ez azonban csak stylaris megkülönböztetés 2. *Potestativa, casualis és mixta conditio* a szerint, a mint a feltétel beállásá a féltől függ, vagy mástól, vagy a féltől is, mástól is. Pl. Ha férjhez mégy 1 év alatt; ez mixta conditio. 3. *Conditio resolutiva és suspensiva* (*felbontó és felfüggesztő feltétel*) a szerint, a mint a tény beálltával a joghatás megszűnik, vagy épen akkor áll be. Tulajdonképen mind a kettő felfüggesztő feltétel, mert míg a felfüggesztő feltétel a joghatás beálltát függeszti fel, addig a felbontó a joghatás megszüntét. A felbontó feltételnél a feltétel bekövetkeztéig negotium purummal, feltétlen ügylettel van dolgunk, és ezért mindig alperesnek kell bizonyítania, hogy a feltétel már beállt, nem felperesnek, hogy még nem állt be. A felfüggesztőnél eltérők a vélemények. Azok, kik a felfüggesztő feltételt mellékhatározmánynak tekintik, mellékügyletnek, mely a főügylethez a negotium purumhoz járul, ugyanúgy itélik meg, mint a resolutiva conditiot, szerintük tehát nem felperesnek kell bizonyítania, hogy feltétel forog fenn és már beállt, hanem alperesnek, hogy még nem állt be. Schwarz szerint azonban, ha felperes keresetére alperes azt állítja, hogy az ügylet

nem feltétlenül jött létre, és hogy a feltétel még be nem állt, akkor voltaképen tagadja felperes keresetét, és így felperesnek kell bizonyitania, hogy a feltétel már beállt.

Vannak feltételek, melyek hatályosan semmiféle ügyletben sem foglalhatnak helyet, vannak viszont ügyletek, melyek feltételt egyáltalán nem tűrnek, és vannak végül ügyletek, a melyek csak bizonyos feltételt tűrnek. Az első csoportba tartozik, tehát semmiféle ügyletben sem szerepelhet a *conditio turpis*, a természetileg lehetetlen, a jogilag tilos, és az erkölcstelen feltétel. Maga a tény esetleg nem erkölcstelen, hanem a megállapodás az, pl. ha a házasságot közvetíted, kapsz 100 frtot. Sem a házasságközvetítés, sem 100 frt kapása nem erkölcstelen, de a kettő együtt mint megállapodás az. Erkölcstelen feltétel esetén az egész jogügylet semmis, azaz a czélzott hatást semmi esetben sem hozza meg. Ez alól csak egy kivétel van, t. i. ha a testamentumban van valami juttatás (pl. hagyomány) erkölcstelen feltételtől függővé téve, akkor nem a juttatás érvénytelen, hanem a feltétel tekintetik nem létezőnek: pro non scripto habetur, és a juttatás mint negotium purum áll meg. Ugyancsak pro non scripto habetur a conditio derisoria, az örökös nevetségessé tételére kikötött feltétel.

Nem tűrnek feltételt, tehát csak mint negotia pura állhatnak meg az actus legitimi: az emancipatio, adoptio, legitimatio, datio tutoris, acceptilatio, servi optio, ma a házasságkötés, hereditatis aditio, az örökség elfogadása (a hol megkivántatik), a részvényaláirás, váltóelfogadás stb. Ha feltétel alatt köttetik az ügylet, akkor semmis.

Csak bizonyos feltételt tűrő jogügylet pl. a heredis institutio, ez a semel heres semper heres elvnél fogva csak suspensiv feltételt enged meg.

Minden feltételnél van két stadium: a conditio pendet (függ) és a conditio existit (beállt) stadiuma. Hogy a conditio existit-e már, az gyakran értelmezés dolga. Pl. Ha ízlik a bor, megveszem. Hogy mikor áll be a conditio existit stadiuma, azaz az a stadium, hogy a bor ízlik, az attól függ, hogy hogyan értem ezt a feltételt. Vajjon úgy-e, hogy tisztán tőlem függ, ízlik-e, vagy sem (potestativa conditio), vagy bona fide kell-e megítélnem, ízlik-e vagy sem (conditio mixta). Néha, bár a conditio nem existit, nem állt be, mégis a hatás olyan lesz, mintha már beállt volna, és fordítva, bár már beállt a hatás, mégis olyan, mintha nem állt volna be. Ez akkor lesz így, ha az érdekelt fél a feltétel be- vagy be nem álltát dolose okozta, pl. valaki 400 frtot hagyományoz kutyája gondozására, ha pedig a kutya megdöglene, ez a 400 frt X-Y-nak jusson, — és most ez az X-Y megöli a kutyát. Kérdés már most, mi a hatása a conditio pendet és a conditio existit, illetve deficit (biztos, hogy nem áll be) stadiumának. A conditio tudvalevőleg bizonyos esemény be vagy be nem álltától teszi függővé a jog-

ügyletnek, ha nem is minden, de mindenesetre főhatásait. Pl. egy katonatiszt egy lovat azon feltétel alatt vesz meg, ha a katonaság bizonyos időn belül mobilisaltatnék. Megveszi, kialkuszsza az árát, a lovat át is adatja magának, de ott hagyja az eladónál, minthogy most nincs rá szüksége. Egy szóval, megtörtént a feltételes adásvétel és feltételes traditio. A tiszt a lovat sokáig nem reclamálja, a mely idő közben az eladó a lovat zálogba adja, sőt a ló a záloghitelezőnél meg is ellik. Ezek után tisztünk reclamálja a lovát. Kérdés, megáll-e a zálogjog, és mi lesz a csíkóval? Kiadandó-e a csikó a tisztnek, vagy maradjon-e a záloghitelezőnél, vagy megmaradjon-e az eladónak? Ezek és hasonló kérdések merülnek fel, melyek mind arra a kérdésre reducálhatók, hogy mi a hatása a feltételnek a különböző stadiumokban?

1. **A függés stadiuma (conditione pendente).** a) *A felfüggesztő feltétel* alatt kötött ügyletre nézve bizonyos, hogy az ügylet főhatása nincsen meg. Vagyis a mi példánkban a feltétel beálltáig a tiszt a vételár megfizetésére nincs obligálva. Ha az eladó át is adta neki a lovat, de tegyük, hogy a ló nem volt az övé és a tiszt jóhiszemüen feltételesen megvette, át is vette, sőt 3 évig birtokolta is, conditione pendente még sem fogja elbirtokolni, mert nincs iustus titulusa, ő nem emptor. Ha tévedésből, abban a hiszemben, hogy a feltétel már beállt, megfizette a vételárt, akkor visszakövetelheti condictio sine causaval. De ha mindjárt conditione pendente az ügylet főhatásai nem is állanak be, mégis beállanak bizonyos mellékhatások. Ezeket némelyek előhatásoknak nevezik. De mint már láttuk, ez contradictio in adiecto. Ezek nem előhatásai a később beállandó feltételnek, hanem utóhatásai a feltétellel megkötött ügyletnek. Ezeket a conditione pendente beálló mellékhatásokat kimeríteni nem lehet. A ki valamely dolgot feltételesen elidegenített, az köteles a dolgot gondozni. Ha tehát vigyázatlansága folytán a dolog megsilányul, kártérítéssel tartozik. A vevő jogosìtva van biztosítékot követelni a beállható kárra nézve. (A mi jogunk megadja ilyenkor a zárlatot.) A feltételes követelés lehet cessio, novatio tárgya, de szintén csak feltételesen. Lehet praeiudicialis kereset tárgya, átörökíthető, elzálogosítható és Dernburg szerint adós csődjénél bejelenthető. Ezeket a hatásokat sokan a *személy vagy dolog megkötöttségnek* nevezik.

b) *Felbontó feltételnél* a függés stadiumában az ügylet feltétlennek tekintendő, csak az van in pendente, hogy azok a hatások állandóan megmaradnak-e? De azért itt is lehet a fenti mellékhatásokról szó, csakhogy nem az ügyletből jogosított, hanem a kötelezett fél részéről. Ez itt oly helyzetben van, mint a jogosított fél a felbontó feltételnél, kérhet bizonyos esetekben biztosítékot stb.

2. **A feltétel eldőlésének stadiuma.** A feltétel vagy beáll (existit) vagy bizonyos, hogy nem is fog beállani (deficit). Mikor a feltétel beállt, azt mondjuk, hogy teljes a tényállás. Hogy tehát felfüg-

gesztő feltétel mellett az összes hatások beálljanak, arra nem elég, hogy az ügylet létrejött A és B között, hanem szükséges, hogy a feltétel is beálljon. A suspensiv feltétellel kötött jogügylet tehát successive létrejövő tényállás. Mikor pedig a conditio deficit, akkor bizonyos, hogy a jogügylet egész tényállása nem áll be, ennélfogva a jog főhatásai sem állanak be, a beállott mellékhatások pedig megszűnnek. Ellenkezőleg a resolutiv feltételnél. Ennél conditíone existente a már beállott főhatások megszűnnek, conditione deficiente végleg megmaradnak, és az ügyletből kötelezett félnek oldalán beállott mellékhatások szünnek meg.

Mi történik már most a feltétel beálltakor azokkal a dispositiokkal, a melyeket a feltétel függése alatt a kötelezett fél tett pl. akár constitutive, akár restutive, akár translative jogokat enged át valakinek (l. a tiszt példáját). A főszabály az, hogy a ki nekem egy dolgot feltételesen elidegenített, az annyiban van kötve, hogy ő a dologról nem disponálhat úgy, hogy ez által én bármiképen is rövidülést szenvedjek. Jobbithatja a dolgot, de nem rongálhatja. Ha ő a feltételesen elidegenitt telek számára egy activ szolgalmat szerez, az fennáll, de ha másnak enged a telken szolgalmat, az nem áll fenn. Ha ő a dolgot eladja, a vevő a tulajdont elveszti, mert ez a vevő mintegy resolutiv feltétellel köti meg az ügyletet, hogy t. i. a hatások csak addig álljanak fenn, a míg a velem kötött elidegenítési ügylet suspensiv feltétele be nem áll.

Sokan (Dernburg, Savigny, Wächter) felállítják az elvet, hogy az így beállt feltételnek visszaható ereje van. Olyan a hatása, mint hogyha az ügylet feltétlenül jött volna létre, a joghatások nem ex nunc, a feltétel beálltától fogva, állanak be, hanem ex tunc, az ügylet kötésétől fogva. Tehát a mi példánkban a csikó a tiszté. Csakhogy ez az elv sem a római jogban, sem a mai jogban nincs következetesen keresztülvíve. (Ellene Baron, Windscheid). Szabályképen sem az nincs kimondva, hogy a feltétel beálltának visszaható ereje van, sem az, hogy nincs retroactioja. A német polg. tk. álláspontja az, hogy a hatás feltételes ügyletnél a feltétel beálltakor és ettől fogva áll be, mintha tehát az ügylet csak akkor jönne létre. (Ez Schwarz álláspontja is.) Az ex tunc hatás, mivel ritkább, kivétel e szabály alól. (A másik iskola szerint ez utóbbi a szabály, az előbbi a kivétel.) Ha tehát az ügyletkötés idején a teljesítés lehetetlen volt, de későbben lehetővé vált, akkor a hatás be fog állni, holott a visszahatást állító iskola szerint nem állna be. A források az előbbi álláspontot foglalják el. Az actio nata (az elévülés kezdete) a források szerint a feltétel beálltától számítódik. Az egyedüli kivétel, a mikor a források is a visszaható erőt fogadják el, a cselekvő képesség kérdése. Ha ma cselekvőképes vagyok és feltételes ügyletet kötök, de mikor a feltétel beáll, már nem vagyok cselekvőképes, ez esetben a források szerint a hatások

beállanak, az ügylet érvényes, holott a visszahatást tagadók szerint érvénytelennek kellene lennie.

L. Vécsey 195. oldal, alul 5. sortól 196. old. II-ig. Kajuch velünk összhangzólag 109—111-ig.

32. §. *b)* Időhatározmány.

Az időhatározmány (dies) szintén esetleges jogügyleti határozmánya a feleknek, a mely által az ügylet főhatásainak kezdetét vagy végét a jövőre kitolják. A feltétel sem egyéb tulajdonképen, mint időhatározmány. A különbség csak az, hogy míg a feltétel bizonytalan, kétes időpont, nem tudjuk, hogy az esemény be fog-e állni, addig az időhatározmány esetén biztos, hogy az esemény be fog állni. A jövendő események tehát kétfélék: *dies certus an* és *dies incertus an*. Előbbi időhatározmány, utóbbi feltétel. A *dies certus an* megint kétféle lehet. Tudom, hogy az esemény be fog következni, de nem tudom, hogy mikor: *dies certus an, incertus quando*, pl. a halál, vagy tudom azt is, hogy mikor fog bekövetkezni: *dies certus an, certus quando*, pl. 1899. jan. 1-én.

A feltétel és időhatározmány szabályai ezek szerint azonosak. A mint van felfüggesztő és felbontó feltétel, úgy van felfüggesztő és felbontó, kezdő és végző dies is. *(dies a quo és dies ad quem).* Ha azt mondom, hogy 99 jan. 1-én fizetek, ez felfüggesztő dies, ha pedig a lakást 99 junius 1-ig bérlem ki, az resolutiv dies. A felfüggesztő időhatározmány esetén ép úgy, mint a feltételnél, felperes tartozik bebizonyítani az ügylet purum voltát, nem alperes a feltételes voltát. Viszont a felbontó időhatározmány és feltétel tulajdonképen két ügylet lévén, alperes tartozik a felbontó feltétel és dies kikötését bizonyítani, és természetesen azt is, hogy a dies illetve a conditio már be is állt. A mint nem minden ügylet tűr feltételt, bizonyos ügyletek csak bizonyos feltételeket tűrnek és végűl bizonyos feltételeket semmiféle ügylet sem tűr meg, úgy a diesnél is így van ez. Nem minden ügylet tűr időhatározmányt pl. az adoptio, a legitimatio, a mancipatio, ma a házasságkötés, az örökség elfogadása és repudeálása. A testamentum csak bizonyos feltételt tűr meg, időhatározmányt semmifélét. De itt is áll a feltételnél említett favor testamenti, az időhatározmányt pro nihilo veszik, mintha ott se állna. Már időhatározmányokról, melyek sehol sem állhatnak meg, erkölcstelen diesről a doctrina ugyan sehol sem beszél, de Schwarz szerint vannak ilyenek is. Pl. Egy pesti végrendelkező úgy intézkedett, hogy hagyatékát 100 meg 100 éven keresztül tőkésítsék, mig bizonyos iszonyú összeggé nem nő fel, és akkor az egész az emberiség nyomorának enyhitésére forditandó. Ez erkölcstelen feltétel, a vagyonnak lekötése ily időre nem lehet a jog célja, ez az emberi omnipotentia hirdetése volna. Ép ez oknál fogva a substitutio sincs egy bizonyos fokon túl megengedve. Vala-

mint a feltétel az ügylet bizonyos hatásait kitolja, úgy az időhatározmány is. Erre vonatkozik a források terminusa: dies obligationis cedit, majd venit. A feltételes obligatio már beállt, de a fizetés kötelezettsége csak die veniente áll be: obligatio praesens dilata in diem solutio. A mint a feltételnél vannak mellékhatások, úgy itt is. Ha a függőség stádiumában az adós fizet, akkor az előzetes fizetés, de mégis fizetés. Az persze más kérdés, vajjon a hitelező kötelezve van-e ezt a fizetést elfogadni. Rendszerint a praesumptio az, hogy a fizetés idejének kikötése az adós érdekében történik, tehát az adós előbb is fizethet. De vannak ez alól kivételek is. Végül valamint a feltétel beálltával, úgy a tempus beálltával is megszünik minden jog, mely időközben keletkezett.

L. Kajuch 111–112. Vécsey 97.

Megjegyzés: A modus (meghagyást) a tankönyvek itt tárgyalják, de helytelenül. A modus ugyan szintén esetleges határozmány, de olyan van sok pl. a kamatmegállapodás, a pactum retroemendi, vendendi stb. Még csak azok az esetleges határozmányok sem tárgyalandók itt, a melyek minden ügyletnél előfordulhatnak pl. egy harmadiknak arbitriumában való megállapodás, a mit Vangerow szintén itt tárgyal. Mindezekkel szemben a feltétel, a dies nemcsak oly határozmányok, a melyek a különben kész jogügylethez járulnak hozzá, hanem oly határozmányok, melyek az ügyletnek a hatásait kezdettől fogva afficiálják. Ha valakinek meghagyással ajándékozok valamit, ez a meghagyás a főügylet joghatásait az ajándékozást nem éri, az ajándék az kész, csak hozzájárul az a mellékmegállapodás, hogy én téged kötelezlek, hogy az ajándék egy részét erre vagy arra fordítsd. Ellenben a feltételes ajándékozás nem ajándékozás feltétel, hanem egészen más, mint a rendes ajándékozás A modus nem itt, hanem az ajándékozásnál tárgyalandó, épúgy mint a pactum retrovendendi az adásvételnél stb.

33. §. A képviselet.

A képviseletnek a magánjogban csakis a jogügyletnél van helye. Egyéb cselekményeknél vagy egyéb tényeknél nem lehet róla szó. Én jogilag másnak a nevében nem lophatok. Másnak felbujtására igen, (a felbujtás nem egyéb, mint a büntető jogi megbizás), de nem nevében. Ép úgy nem lehet szó képviseletről a neutralis cselekményeknél. Ezeknél a joghatás beáll tekintet nélkül arra, akarják-e ezt a felek vagy sem, holott a képviseletnél én cselekszem azzal az akarattal, hogy ez a joghatás a képiseltnek személyében beálljon.

Mielőtt a képviselet fogalmát megállapítanók, ki kell zárni egyes cselekményeket, melyek nem a képviselet esetei, bár ezeknél a cselekmény hatását harmadik személy érzi. Ezek:

1. *a reflex hatás esete.* Azzal, hogy a háziúr a lépcsőket kivilágitja, én megtakarítom az előszoba világítását. A háziúrnak a gáztársulattal kötött ügyletét én élvezem ugyan, de azért a háziúr nem képviselőm, mert nem azért kötötte az ügyletet, hogy én élvezzek. A jogügylet kihatása más személyre ilyenkor az ügyletnek reflex hatása.

2. Az ügyletkötő fél gyakran akar valakinek élvezetet biztosítani az ügylettel, de azért mégsem akar képviselőjeként szerepelni, nem akarja, hogy jogot szerezzen neki. A gyáros szerződést köt az orvossal, hogy ő a munkásokat köteles legyen gyógyítani. A gyáros azt akarja, hogy a munkások élvezzék a hatást, de nem akarja hogy a munkások jogositva legyenek, az orvos perelésére.

3. Lehetséges az is, hogy az ügyletkötő fél azt is akarja, hogy rajta kivül egy harmadik személy nemcsak ténylegesen élvezze az ügylet hatásait, hanem még azt is, hogy jogilag is élvezze, perelhessen, és azért még sincs képviseletről szó. Ez *a harmadik személy javára szóló szerződés.* Pl. Én biztositom magamat a gyermekem részére.

Mindez nem képviselet. Mert a képviselet esetében A. B-vel oly nyilvánitott akarattal köti a szerződést, hogy az ezen ügyletből eredő jogi hatások *kizárólagosan* a harmadiknak, C-nek személyében álljanak be. A. a C. érdekében működik közre. De A. C-nek érdekében ismét sokféle módon működhetik közre, a nélkűl, hogy képviseletről szólnánk. A. lehet C-nek *a tényleges segédje*. Az ügyletet A. köti B-vel, de ezen ügylet mellett C. felhasználja ezt az A-t arra, hogy az ő ténykedése körül kisebb-nagyobb minőségben segítségére legyen, pl. alkalmalmazza a szerződés leirására. A. végzi a cselekmény egy részét, a cselekményhez hozzájárúl. Ha A-t mint tolmácsot alkalmazom, akkor szintén ténylegesen segédkezik a nélkül, hogy azt lehetne mondani, hogy a tényállás egy részét végezi. Más példa az üzenetvivő, mikor a segéd inter absentes működik. Itt C. és B. közt történik a szerződés, a harmadik csak ténylegesen működik közre. Néha az üzenetvivő igen közel állhat a képviselethez. Itt általában fokozatok vannak. Ha irok B.-nek egy ajánlatot és ö azt elfogadja, akkor a pósta, a hordár csak factice működik közre, az akaratnyilvánítási cselekményt C. és B. végzi. Mikor sürgönyözöm az ajánlatot és ön sürgönyileg elfogadja, ekkor a távíró nemcsak átadja az akaratnyilvánítást, hanem át is írja. Ugyanilyen az eset, ha a hordárral szóbelileg küldöm az ajánlatot. De ez mégis egy fokkal több a távirdánál, mert ez már inter praesentes teszi nyilvánvalóvá az akaratot. A következő fok, ha az üzenetvivő a saját szavaival mondja el az én ajánlatomat Ez már nemcsak továbbította (pósta), nemcsak maga tette észlelhetővé (távirda, szóüzenetet vivő hordár) az akaratnyílvánítást, melyet vele közöltem, hanem maga teremtette. De még ez utóbbi esetben sincs szó képviseletről, hanem még mindig tényleges segédkezésről.

Másodszor közreműködhetik valaki az én érdekemben mint *jogi segéd.* Azaz ő nemcsak elviszi az üzenetet, melyet vele közöltem, hanem ő maga teremt akaratnyilatkozatot, közreműködik a saját akaratnyilatkozatával az én ügyletemben, csakhogy nem helyettem, hanem mellettem. Azaz mind a ketten jogi munkát végzünk. Ilyen

a tutor, a ki a gyermek ügyleténél a maga auctoritasát interponálja, ilyen a házasságkötésnél a polgári tisztviselő.

A harmadik esete annak, hogy valaki egy másiknak érdekében működik közre, és mégsem képviselő: a rosszúl úgy nevezett *szükségszerű képviselő.* A mit a paterfamilias hatalma alatt levő szerez, azt a paterfamiliasnak szerzi. Ő azért nem képviselő, mert a hatás a képviselt személyében nem azért áll elő, mert ő akarja, hanem necessitate iuris, akár akarja, akár nem.

A mi a képviseletet kepviseletté teszi, abban áll, hogy valaki egy másiknak érdekében jár el akkor, mikor saját maga köti az ügyletet. A képviseletnél a képviseltre a hatás nem szükségképen áll elő, hanem előáll a képviselő akaratából. *Képviseletről akkor beszélünk, a mikor A. köt jogügyletet B-vel, de azzal az akarattal, hogy az ezen jogügyletből előálló hatás C-t illesse, ne őt.*

A képviselet nemcsak az eddig emlitett esetektől különbözik, hanem különbözik az ú. n. *titkos képviseletről, a bizománytól* is. A. köt szerződést B-vel úgy, hogy a hatás az ő személyében álljon elő, de azzal a hátsó gondolattal, hogy külön ügylettel a hatást át fogja vinni C-re. A. köti az ügyletet másnak az érdekében, de a saját nevében.

Végül nem képviselet az sem, a mit római jogi képviseletnek neveznek az ujabbak: az *institor és quasi institor.* Az előbbi az üzletmeghatalmazott, az utóbbi akármilyen meghatalmazott, a ki meghatalmazója érdekében jár el, és ezt a vele szerződő féllel szemben nem is titkolja. De abból az ügyletből, melyet ő köt, közvetlenül jogosítva és kötelezve ő maga lesz, és csak mellette és rajta kivül a dominus negotii, a meghatalmazó is. Az eladó tehát az institort actio venditivel, a dominust actio institoria venditivel perelheti, persze csak vagylagosan.

A képviseletnek az a meghatározása, az a tényállás, melyet mi felállítottunk, nincs általában elfogadva. A jogi logikával összeegyezhetetlennek tartják, hogy A cselekvésének hatása C személyében álljon elő. Szerintük ez az oknak és okozatnak olyan széjjelválása, mely a logikával nem fér össze. Csakhogy a jog terén nem a természetes causalitasról van szó. A joghatásnak, mint okozatnak egyedüli oka az állam parancsa. Ha az állam azt parancsolja, hogy C fizessen, ha B A-t kötelezi, akkor ez igy lesz. Arról lehet a jogban beszélni, hogy valamely rendelkezés okos, czélszerü-e, de arról nem, hogy a természetes causalitasnak megfelel-e vagy sem. Hogy pedig a képviselet czélszerű, azt nem tagadja senki, mert valaki akár jogilag, akár tényleg abban a helyzetben lehet, hogy az ügyletet meg nem kötheti, s ilyenkor nincs más segítség, mint a képviselet. Az anyagi igazság megsértéséről sem lehet ez esetben szó, mert hiszen a felek akarták így a hatást. Mindazonáltal számos theoria van a képviseletre:

1. *Savigny* szerint a képviselet esetében maga a képviselt

C. viszi véghez a jogügyletet, csakhogy ő A. által, mint tényleges segéd által cselekszik. A. nem egyéb, mint C-nek az üzenetvivője, Boté-ja. Ebben annyi igaz, hogy sok esetben nehéz megkülönböztetni, képviselővel vagy üzenetvivővel van-e dolgunk. Pl. szorosan előirom A-nak a feltételeket, ő B-vel alkudozik, és végre feltételeim értelmében köti meg a szerződést. A. itt képviselő, akarta az ügyletet, bár igaz, hogy mást nem akarhatott. Ha kis fiút küldök a szabóhoz, hogy előleges megállapodás szerint igent vagy nemet mondjon: ez már csak izenetvivő. Bizonyos azonban, hogy vannak esetek, mikor a különbség egészen kétségtelen, és mikor a képviselőről nem lehet azt mondani, hogy ő C-nek csak az üzenetvivője. Ilyen az eset, mikor a képviselő cselekvőképtelen személyt képvisel. Ez már nem üzenetvivő, hanem képviselő, mert különben, a mint az a Savigny theoriájából foly', a cselekvőképtelen jogképes sem lehetne, jogképessége illuzóriussá válna.

2. *Thöl, Mitteis, Dernburg* azt mondják, hogy a képviselet esetében mind a ketten cselekszenek: a képviselt is, a képviselő is, még pedig a szerint, a milyen az eset, más-más terjedelemben, attól az esettől kezdve, mikor a képviselt megszabja a képviselőnek, hogy mit kell akarnia, addig az esetig, mikor a képviselő maga csinálja az egészet. Szerintük a képviselt kijelenti a maga generalis akaratát a harmadik személylyel szemben. Ő B-nek azt jelenti ki, hogy a mit a képviselő akarni fog, azt akarom én is. Ennyiben akar és ennyiben nyilvánítja az akaratát a képvíselt. A képviselő pedig a képviseltnek mintegy a speczialis akaratját csinálja (bildet den Willen). Így beszél Thöl *Hauptvertrag* és *Grundvertrag*ról. De hát mit szól Thöl a cselekvőképtelen képviseltetése esetében?

3. *Puchta, Bähr Ottó* szerint a szerződést voltaképen A., a képviselő, köti meg B-vel, és ebből a szerződésből a hatás is A személyében áll elő, csakhogy A. uno ictu fictiv cessio, illetve fictiv adósságátvállalás utján átruházza a hatást C-re. De hogy cessio létrejöhessen A és C közt, C-nek cselekvőképesnek kell lennie, tehát cselekvőképtelennek ezek szerint sem lehetne képviselője. Az pedig, hogy fictiv a cessio, szóbeszéd és nem jelent semmit.

A repraesentantionális, a képviseleti elmélet a helyes. A. köti a szerződést B-vel, és bár C. nem csinál semmit, a hatás mégis őt illeti. És így az ügyleti cselekménynek tényállása a képviselő személyében valósulván meg, annak előfeltételei is a képviselő személye szerint bíráltatnak el. Ha azt kérdezzük, hogy az ügyletet kötő személynek megvolt-e a kellő cselekvőképessége, vagy tudott-e bizonyos körülményeket, tévedésben volt-e vagy sem, ezek a kérdések mind a képviselő személye szerint fognak megbiráltatni. Viszont mikor arról van szó, hogy a hatások beállhatnak-e, akkor a képviselt személyét kell tekintetbe venni. Pl. én megbízom a

barátomat, hogy lovat vegyen számomra. A ló átadásakor látom, hogy az sánta. Kérdés: fogom-e én követelhetni a ló visszavételét az actio redhibitoriával? Nem, mert képviselőmnek a ló vételekor látnia kellett, hogy a ló ebben a hibában szenved. Ez az elv azonban, hogy a ténykörülmények a képviselő szerint itélendők meg, nincs minden kivétel nélkül. Jelesül azt kellene megkivánnunk, hogy a képviselőnek mindig az a specialis cselekvőképessége legyen meg, a melyet az a bizonyos ügylet megkiván. Ha én valakit megbízok azzal, hogy helyettem váltót írjon alá, akkor szükséges volna, hogy ő teljesen váltóképes legyen. A római jog nem megy ilyen messze. A római jog a cselekvőképesség tekintetében csak annyit kiván meg, hogy a képviselőnek tekintetbe vehető akarata legyen, azaz minden 7 éven felüli ember lehet képviselő. Csak a legáltalánosabb cselekvőképességet kivánja meg, de nem az ú. n. különös cselekvőképességet. Tehát 7 éven felüli gyermek a római jog szerint az én nevemben váltót írhat alá, holott nincs váltóképessége. Másik kivétel az elv alól az, hogy bár a képviselő személyében kell néznünk, hogy bizonyos ténykörülményt tudott-e vagy sem, mégis, ha a képviselő azt a körülményt, melyet tudnia kellett volna, nem is tudta, de tudta a képviselt, akkor ez utóbbi nem fog hivatkozhatni arra, hogy képviselője azt a ténykörülményt nem tudta. Hasonlóan vagyunk a tévedés minden esetével. Tehát, ha bizonyos ténykörülmény tudásáról vagy nem tudásáról van szó, ilyenkor, ha a képviselő részén hiány forog fenn, elég az is, ha ez a hiány a képviselt részén van pótolva. Pl. ha a vett dolog hibáját a képviselő nem vette észre és azt nem is kellett észrevennie, de a képviselt e hibát ismerte, akkor már nem támadhatja meg az ügyletet. Vagy, ha a képviselő téved, de tévedése megegyezik a képviselt akaratával, akkor az ügylet megáll. További kivétel a felállított elv alól pl. a kereskedelmi jog terén az, hogy az ügyletnek kereskedelmi volta nem a képviselő, hanem a képviselt szerint határozódik meg.

Ezek a legfontosabb kivételek a repraesentationális elv alól. Ezek szoktak okul szolgálni ennek a theoriának megtámadására, holott nem egyebek, mint czélszerűségi kivételek a szabály alól.

Azt a képviseletet, melyet így kifejtettünk, a római jog csak kis körben ismeri el. A justinianusi jogban az elv még az, hogy képviselő utján ügyletet nem lehet kötni. Persze a rómaiak kevésbbé is szorúltak rá, mert náluk nagy szerepet visz a szükségszerű képviselet. A római paterfamiliasnak gyermeke, rabszolgája szerez. Ez ma nincs így, és már ezért is rá vagyunk szorulva a szabad képviseletre. A római jogban a szabály az, hogy minden szabad ember azon ügylet által, melyet ő köt, csak maga szerezhet jogot, csak maga vállalhat kötelezettséget. Csak a birtok terén engedtek e szabály alól kivételt. Már a classikus időben is lehetett birtokot szerezni szabad személy által. Megengedték tovabbá a képviselővel

való szerzést a birtokszerzés által közvetített tulajdonszerzésnél is, tehát szóval olyan cselekményeket lehetett másnak a nevében végezni, a hol a tényállás egyik eleme a birtokszerzés. Ilyenek az apprehensio, occupatio, traditio, usucapio, és ide vették a specificatiot, bár annak nem eleme a birtokszerzés. Ide vonták továbbá az örökjog terén a bonorum possessiot is, Windscheid szerint pia fraussal a possessio szó mögé bújván, holott ez nem birtok, hanem praetori örökjog. Megengedték továbbá a képviseletet az olyan obligatioknál, melyek a birtok és a tulajdon átruházása folytán keletkeznek, pl. a kölcsönnél, és végül Iustinianus kifejezetten megengedi az ilyen obligatio biztosítására szolgáló zálognál is.

A képviseletre vonatkozó hires hely l. 53. D. de acqu. rerum dominio XLI. I.: Ea quae civiliter adquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. E helyen a nehézséget a civiliter és naturaliter szó okozta. Savigny a civiliter alatt a formalis ügyleteket, az actus legitimit értette, mig naturaliter jelentené a nem formaiakat. Ennek a magyarázatnak azonban sok forrás ellentmond, és azért nem talált tetszésre. Windscheid szerint az ellentét itt jogügylet és tény. De más helyekből kiviláglik, hogy csak a fenti esetekben van a képviselet megengedve.

Azon a tételen, hogy a képviselet nincs megengedve, a középkorban a kanonjog sem változtat, csak ujabb kivételeket statuál. Csak a XVII-ik század óta ismerik el per regulam a képviseletet. Ezt nem lehet törvényre visszavezetni, ennek gyökere a szokásjog. Ma tehát a szabály a képviselet, és csak kivételek azok az esetek, melyekben a képviselet ki van zárva, pl. a házasságkötés, az adoptio. (Napoleon még képviselő útján kötött házasságot.)

34. §. **A képviselet** (folytatás).

Hogy valaki másnak a nevében intézkedhessen, arra kell, hogy legítimálva, felhatalmazva legyen. Ezt a legitimátiót vagy a törvény felhatalmazásából, tehát obiectiv jogszabálynál fogva nyeri, vagy másodszor hatósági intézkedésből, vagy harmadszor a képviselt meghatalmazásából, illetve utólagos jóváhagyásából.

1. Törvényes intézkedésen alapul: az apa, anya képviselheti gyermekét, a ker. törv. szerint a czégvezető a főnököt, a keresk. társaságnak minden egyes tagja a ker. társaságot.

2. Hatósági intézkedésen a gyám, a gondnok képviseleti joga.

3. A képviselt felhatalmazása (iussus). Ezt a felhatalmazást stricte meg kell különböztetni a megbizástól, a mandatumtól. A kettő összeeshetik, de meglehet egyik a másik nélkül is. T. i. a megbizás a megbizónak meghagyása a megbizotthoz, tehát merőben intern viszony, mely tényleges cselekményre is vonatkozhatik, nemcsak jogügyletre. Ha a megbizott a megbizást elfogadja, kötelezve van arra, hogy a megbizást teljesítse. Ellenben a meghatalmazás a megbizónak harmadik személy felé irányított, kifelé való kijelentése,

hogy a mit a meghatalmazott tenni fog, annak hatását magára nézve elismeri. Ez tehát extern viszony, és nem jár a meghatalmazottnak kötelezettségével. A felhatalmazás többre szólhat, mint a megbizás, és lehet megbizás felhatalmazás nélkül, pl. mikor tényleges cselekményre adok megbizást. Én valakit megbizhatok, és egyszersmind fel is hatalmazok bizonyos ügyletek vitelére. Lehet, hogy valakit pl. a czégvezetőt csak szükkörű ügyletek sorára bizok meg, de azért fel van hatalmazva mindazon ügyletekre, melyekre nézve a törvény a legitimatiót megadja. Persze ha megbizásomon túl, bár felhatalmazása körében kötött ügyletet, akkor kártérítéssel tartozik nekem, de azért az ügylet meg van kötve, engem jogosít vagy kötelez. A belső viszony is lehet tágabb, mint a külső, többet köteles elvégezni, mint a mennyire fel van hatalmazva. Ezt a többit aztán a maga nevében viszi véghez. Sőt lehet megbizás még ügyletekre vonatkozólag is minden meghatalmazás nélkül, ilyen a bizományos, a titkos képviselő esete.

Hogy honnan van az, hogy az extern (felhatalmazás) és az intern viszony (pl. a megbizás) közt ellenmondás lehet, annak magyarázata az, hogy a törvény nem akarja kötelezni a szerződő felet, hogy esetről esetre kutassa, hogy mennyire terjed a képviselő megbizása. E mellett a kényelmességi szempont mellett ennek magyarázatául még a biztonsági szempont is szolgál, a mely miatt typikus felhatalmazásokat adunk (pl. czégvezető felhatalmazása).

A meghatalmazásnak, mint külső viszonynak megfelelő intern viszony leggyakrabban, de nem mindig, a megbizás. Pl. a czégvezető esetében az intern viszony nem megbizás, hanem munkabérszerződés, a közkereseti társaság tagjai közt contractus societatis. *A meghatalmazás harmadik személyhez vagy személyekhez (nem a meghatalmazotthoz) intézett egyoldalú, mindenkor visszavonható jogügylet*, elfogadásra e harmadik részéről nem szorul, annál kevésbbé a meghatalmazott részéről. Tehát nem ajánlat, hiszen elfogadásra nem szorul. Abban, hogy visszavonható, hasonlít a meghatalmazás a testamentumhoz. A különbség az, hogy a testamentum jogügyletében a teljes tényálláshoz, mely a joghatást szüli, még nem elegendő maga a testamentum, hanem szükséges az illető halála; tehát nem az a lényeges, hogy ő a testamentumot nem vonta vissza, hanem az, hogy meghalt. Nem igy a meghatalmazásnál. Itt a joghatás kizárólag ebből a jogügyletből áll elő, csakhogy később visszavonható. Hogy erről a visszavonhatásról le lehet-e előre mondani, az vitás. A helyes nézet az, hogy nem lehet róla lemondani, mert az ilyen örökös lekötöttség erkölcstelen. A visszavonásnak persze úgy kell megtörténnie, hogy a már is megszerzett jogok meg ne sértessenek, és a harmadik személyre ez a visszavonás csak akkor létesül, ha ő róla értesül. Épen ez okból a meghatalmazás legszemélyesebb viszony. Azaz, ha a meghatalmazott meghal, a meghatalmazás nem megy át az örökösökre. Más kérdés, hogy ha a meghatalmazó hal meg,

az ő örökösei nincsenek-e kötelezve a meghatalmazás által. A római jog azt tartja, hogy az e tekintetben is a legszemélyesebb viszony: a meghatalmazó halálával a meghatalmazás is megszünik. A mi keresk. törvényünk és az ügyvédi rendtartas nem így tartja.

Hogy mennyire terjed a meghatalmazás, az ténykérdés. Beszélnek *általános* (*generalis*), és *különös* (*specalis*) meghatalmazásról. Ezek relativ fogalmak. Egy meghatalmazás sem lehet olyan generális, hogy minden ügyletre feljogositana. (Ha a generalis felhatalmazás eladásokra, kiegyezésekre is jogosít, akkor *libera administratio rerum*-ot ad.)

A mikor nincsen meghatalmazás, akkor a képviselet csak utólag nyerheti meg a maga erejét a *ratihabitio* által. Ennek hatása teljesen olyan, mintha kezdettől fogva meglett volna a meghatalmazás. Ratihabitio comparatur mandato. Mint képviselő tehát én nemcsak meghatalmazás alapján léphetek fel, hanem a nélkül is, és akkor én negotiorum gestor vagyok. Ez itt a benső viszony. A mig ez esetben a képviselt a jóváhagyást meg nem adja, vagy meg nem tagadja, addig azt mondjuk, hogy az ügylet pendet, de csak akkor, ha a harmadik személy, a kivel a képviselő az ügyletet kötötte, tudta, hogy a képviselőnek nincs meghatalmazása. Mert ha azt hitte, hogy a képviselőnek van meghatalmazása, holott nem volt, akkor az ügylet érvénytelen. Az előbbi esetben negotium claudicans áll elő: ő kötve van, a képviselt pedig a ratihabitioig nincs kötve. Vitás kérdés, vajjon a képviselt ratihabitioja előtt a megkötött ügyletet a képviselő és a harmadik személy, a kivel ez az ügyletet kötötte, visszavonhatják, stornirozhatják-e? Azt kell mondanunk, hogy nem. A képviselő fel van jogosítva ügyletet kötni, de nem megszüntetni. (Erre külön feljogosítás kell). A ratihabitionak visszaható ereje van, tehát úgy hat, mintha az ügyletkötésnél már meglett volna a felhatalmazás, és így világos, hogy a képviselő egyoldalúlag az ügylet stornirozásába bele nem mehet.

Ha a meg nem hatalmazott magát meghatalmazottnak és nem negotiorum gestornak adja ki, akkor ő *falsus procurator*. A harmadik ez esetben actio dolival követelheti az interesset, esetleg az ügyletnek a falsus procuratorral szemben való fentartását. Ha a falsus procurator nem dolosusan, hanem culposusan jár el, ő hiszi, hogy van felhatalmazása, holott nincs, ez esetben a vélemények eltérnek. Abba nem lehet bele nyugodni, a mit némelyek mondanak, hogy ilyenkor az ügyletnek semmi hatása se legyen. Csakhogy a harmadik ez esetben hogy kapja meg az esetleges kárát? Az egyik nézet szerint a falsus procurator csak culpa in contrahendoért felelős, köteles a negativ interesset megtériteni (köteles mindent megtenni, hogy a kárttevő abba az állapotba jusson, melyben az ügylet megkötése előtt volt). A másik nézet szerint ez kevés, mert ez a harmadik bízott a szerződésben. Lehetséges, hogy ő megkötötte volna az ügyletet mással, és ezért ezen nézet

szerint a culposus falsus procurator magát az ügyletet köteles teljesiteni. Ezt fogadta el a mi kereskedelmi törvényünk is.

Vécsey is. Kajuch is velünk összhangzólag, az institutiókra való tekintettel tárgyalják a képviselet, előbbi 193—194. old. utóbbi 85—86.

35. §. Hiányos, hibás jogügyletek.

Ezeket rendszerint érvénytelen jogügyleteknek szokás nevezni, és felosztják *semmis és megtámadható ügyletekre.* Az érvénytelen elnevezést mellőznünk kell, mert a megtámadható jogügylet nem érvénytelen, az kezdettől fogva érvényes, csak később érvényteleníthető. Jobb tehát hibás vagy hiányos jogügyletekről beszélni, és őket anyagi hatásuk szerint semmis és megtámadható ügyletekre osztani. De nem mindig van szó hibás vagy hiányos jogügyletről, valahányszor oly jogügyleti tényállás van előttünk, melynek jogi hatása még nincsen, vagy már nincsen. A successiv tényállású jogűgyletnél, ha az egész tényállás még nem létesült, a jogi hatás sincs meg. Ez tehát nem teljes jogügylet, de nem is hiányos a kifejtendő értelemben. Itt nincs meg a joghatás, de nincs meg a felek akaratából, holott a hibás vagy hiányos jogügyletnél az ügyletnek a felek akarata ellenére nincs hatása. Szintén nem hiányos az a jogügylet, melynek már nincsen hatása. Ha a kölcsönt visszafizetem, a kölcsön hatása megszünt. Erről sem lehet mondani, hogy ez hiányos jogügylet, mert itt a hatás megint a felek akaratából hiányzik. Hiányos jogügyletről tehát akkor van szó, ha az ügylet a maga hatását a felek akarata ellenére a tényállasnak hiányossága folytán nem hozza meg. A felek akarják, hogy a hatás beálljon, de a jogügyletnek oly valami hiánya, hibája van, melynek folytán a hatás be nem áll. Nem mindig hiányzik a hatása, vagy dől meg a hatása az olyan jogűgyletnek, a melynek tényállása nem olyan, a milyent a törvény szeretne látni, Vannak esetek, mikor a jogügylet tényállásának van valami hibája, de azért a jogügylet hatása mégis beáll. Ilyen az eset a lex minus quam perfectánál.

A hiányos jogügyletnek be nem álló hatása lehet pl. a kereseti jog. Vagyis az ügyletnek megvan a maga anyagi hatása, kivéve a legélesebb hatást, t. i. a belőle származható jogok biróilag nem érvényesíthetők. Másoknak a sanctiója az, hogy anyagilag se áll be a joghatás, vagy legalább is a főjoghatások, még pedig vagy egyáltalában nem állanak be, vagy beállanak, de utóbb ismét megvonhatók. Ebben van a külömbség semmisség és megtámadhatóság között Tehát az anyagi hatásnak hiányossága szempontjából beszélünk semmis vagy megtámadható jogügyletekről.

Semmis jogügylet az olyan hiányos jogügylet, melynek normalis hatása egyáltalában be nem áll: *negotium nullum* vagy *negotium nullius momenti.* Ebből is állhat elő valami hatás, de

a főhatások nem. Igy pl. előállhat a kártérítési kötelezettség, és érdekes, hogy ezt az ügyletből származó bonae fidei actioval kell követelni. De lehetséges, hogy az ilyen hiányos jogügyletnek semmi hatása sincsen pl. a nullum testamentumnak. Ha semmis ügylettel van dolgunk, akkor a hatás vagy legalább a főhatások be sem állván, nincs szükség arra, hogy valamely fél az ügylet semmisségét birói kijelentéssel mondassa ki. A *querela nullitatisra* nincs szükség. Az újabb perrendek, a mienk is, széles terjedelemben ismerik a megállapító (praeiudicialis) keresetet. Ez oly kereset, a melynek czélja csak az, hogy a bíró res iudicata erejével ismerje el azt, hogy a valóságban egy jogviszony úgy van-e, a mint azt felperes állitja. Ilyen megállapító keresetet ismerünk a semmis jogügyletnél is. E kereset eredményeképen azonban a biró nem parancsot mond ki, nem ad erőt oly igénynek, mely felperest alperessel szemben illetné, ő csak elismeri birói auctoritásával, hogy a felek közt nem történt semmi. Ilyen értelemben lehet foganatba venni a querela nullitatist. Ez tehát nem igénye felperesnek a megsemmisités iránt.

A házassági semmissági kereset az irodalomban vitás. A mi házassági törvényünk különbséget tesz semmis és megtámadható házasság közt. Még pedig azt mondja, hogy a semmis házasság, a míg semmisnek nem nyilváníttatott, teljesen érvényes erejű. Ugyanezt mondja a megtámadhatóra is. A külömbség csak az, hogy a semmis házasságnál a semmisségnek bírói kijelentését nemcsak a két házasfél és a legközelebb érdekelt felek kivánhatják, mint a megtámadhatónál, hanem kérheti az ügyész is és még igen széles körű csoportja az embereknek. A másik különbség, hogy ezt hosszabb ideig lehet kérni, mint a megtámadhatónál. Minthogy azonban a semmis házasságnak is beáll a joghatása, és feltéve, hogy senki sem indítja meg a keresetet, mindig meg is marad, ebből következik, hogy a semmis házasság nem semmis, hanem megtámadható ügylet. Hogy 1 vagy 2 vagy 1000 ember van-e jogosítva megtámadni, vagy hogy actio popularis esetén mindenki megtámadhatja az ügyletet, az közömbös, az ügylet azért nem semmis, hanem megtámadható. Valóban semmis házasság tehát nem az, a mit a törvény annak nevez, hanem a matrimonium non existens.

Semmis tehát az olyan jogügylet, melynek hatása be sem áll, és melynek hatástalanságát a bíró hivatalból, a nélkül, hogy a felek vagy valaki rá hivatkozna, köteles tekintetbe venni. Ezzel szemben megtámadható (*negotium rescissibile*) az olyan jogügylet, melynek hatása beáll, de a melyre nézve bizonyos embereknek meg van adva az a jog, hogy akaratnyiváníításukkal az ügyletnek a hatását elvegyék. Hogy ennek az akaratnyílvánításnak mi a formája, hogy bírói actusnak kell-e lennie, vagy lehet-e bíróságon kívüli is, hogy ez utóbbinak ismét formainak pl. közjegyző előttinek kell-e lennie, vagy lehet-e teljesen formátlan is, ez mind nem tesz különbséget, valamint az sem, hol kell ezt a nyilatkozatot tenni, és hány ember

van erre jogosítva. Nem megtámadhatóság azonban az, a mit a mi csődtörvényünk annak nevez. A csődtörvény 26—30. §§. azt mondják, hogy a közadósnak bizonyos időn belül kötött bizonyos ügyleteit bizonyos emberek megtámadhatják. Eddig a fogalom quadrál. Csakhogy ha az ilyen megtámadás megtörténik, az ügyletnek nem a hatása vész el, nem az lesz a megtámadás következménye, hogy a hatások megszünnek, mintha az ügylet megsem köttetett volna. A megtámadás csak azt idézi elő, hogy a harmadik személy, a kivel a közadós az ügyletet kötötte, köteles a csődtömeget abba a helyzetbe hozni, a melyben az ügylet megkötése nélkül lett volna. Pl. a közadós házát X-nek ajándékozza. Ha a tömeggondnok ezt az ügyletet megtámadja, akkor a ház marad tovább is az X-é, csakhogy X. tűrni tartozik, hogy a mennyiben a massa nem volna elegendő, ezt a házat is bevegyék a massába. De ha a csődtömeg olyan jól áll, hogy az egész házra nincs szükség, hanem annak csak egy hányadára, akkor a többi nem kerül a massába, hanem X-nél marad. Ha a vagyonbukott valamely ingó dolgát ruházta át X-re, akkor ez az ingó dolog a megtámadás folytán nem ipso iure lesz a tömegé, hanem X. traditiója folytán, a mire ő természetesen köteles. A csődtörvényi megtámadhatóságnak a hatása tehát az, hogy az ügyleti fél obligalva van mindannak restitualására, a mire a csődhitelezőknek szükségük lesz. Ennek az igazi megtámadhatósághoz semmi köze sincsen. Hiszen itt a hatás nemcsak beáll, hanem végkép meg is marad, csak melléje lép egy obligatio ad restituendum. A csődtörvény szerinti megtámadásról szólunk az actio redhibitorianál is. Ha én önnel adásvételt kötök, és az árú hibás, akkor én megtámadhatom az ügyletet, úgy hogy ön köteles nekem visszaadni a vételárral egyenlő értéket, és én köteles vagyok az árút visszaadni. Tehát gazdaságilag az eredmény az, mintha adásvétel nem is lett volna. de azért nem mondhatni, hogy nem volt adásvétel. Az ilyen, obligatióval történő közvetett parallizálását az ügyletnek is megtámadhatóságnak nevezzük, de egészen más az a megtámadhatóság, melyről a hiányos ügyleteknél van szó.

A megtámadt jogügyletek vagy ex nunc dőlnek meg, azaz az eddigi hatások megmaradnak, csak az ezentúliak nem fognak beállani, vagy megdőlnek ex tunc, azaz az eddigi hatások is meg nem történteknek vétetnek.

Sokak szerint a megtámadhatóság és semmiség között harmadik faj is van. Ez volna a *relativ semmisség*. Némelyek szerint ez az a megtámadhatóság, a melynél a megtámadás ex tunc hat. Mások szerint a relativ semmisség abban különbözik az absolut semmisségtől, hogy mig az absolutra mindenki hivatkozhatik, addig erre csak bizonyos emberek. Windscheid szerint a relative semmis ügylet an und für sich semmis, de a féltől függ, hogy érvényesíteni akarja-e a semmiséget, ellenben a megtámadhatóság nem an und für sich

semmis. Ezekkel szemben Mitteis, bécsi tanár azt állitja, hogy a mit relativ semmisségnek neveznak, az nem más, mint megtámadhatóság. És ez a helyes. Mert hogy egy jogügylet an und für sich, magában véve semmis, annak nincs értelme. A jogügyletnek olyan a hatása, a milyet a jogrend fűz hozzá. Annak tehát sem hatása nincs an und für sich, sem nem semmis an und für sich. A jogrend mondja azt, hogy ennek a jogügyletnek van hatása, ennek nincs. Hogy pedig plane an und für sich nincs hatása, semmis, tényleg azonban a megtámadásig van hatása, annak épen nincs értelme. Wendt is arra az eredményre jut, hogy a relativ semmisség is csak megtámadhatóság, hogy tehát nominis tantum differentia obest. A relativ semmisség csak erősebb foka a megtámadhatóságnak, de ilyen foka van számtalan, így a szerint is, a mint az ügylet egészen vagy részben dől meg stb.

A hiányos jogügyletnek tehát csak két neme van: semmis és megtámadható ügyletek. Mig semmisség csak egyféle van, addig a megtámadhatóság többféle erejű.

Eddig arról volt szó, hogy a jogügyletnek kezdettől fogva van vitiuma Lehetséges azonban, hogy ez a vitium csak utólag áll elő. Igy pl. a helyesen szerkesztett végrendelet után a testáló másikat csinál. Az első végrendelet ezzel semmissé vált. Vagy pl a végrendelet érvényesen létesült és utóbb szükségképi örökös születik, ki a querela inofficiosi testamentit megindíthatja. Ez esetben a végrendelet megtámadhatóvá lett. Későbbi ténykörülménynek mikor van ilyen hatása, arra általános szabályt nem lehet felállítani. Ez különben is csak kivételes eset, mert a későbbi hiba rendesen nem árt az előbbi jogügyletnek. Csak néhány esetben kivánja azt a jog, hogy necsak a jogügyletkötésnél legyenek meg a ténykörülmények, hanem később se változzanak meg. Pl. ha sui iuris ember készít rendes végrendeletet, de később alieni iurissi lesz, akkor a végrendelet semmis. Ilyenkor *infirmatióról* beszélünk.

Ha a jogügylet tényállásában valami hiba van, annak nem szükségképi következménye az, hogy az egész jogügylet megdőljön, lehetséges, hogy csak részleges hatása dől meg. A jogügyletnek teljes hatása nem áll ugyan be, de valamelyes hatása mégis van. Ha a végrendeletben tett szabadonbocsátási actus körül hiba van, akkor az hiányos lévén, semmis, de azért az egész végrendelet nem semmis. Ezzel előáll a kérdés, hogy mennyire hat ki a jogügylet hiányossága a hatásra. Ez egyike a legnehezebb értelmezési kérdéseknek. Elvileg a válasz az, hogy a jogügyletben megkülönböztetünk fő- és mellékhatározmányokat. A főhatározmány az, a mely vagy a felek akaratjából vagy a törvénynek rendelkezése alapján az ügyletnek főalkotó része; ilyenek az essentialia negotii és az accidentalia közül is azok, a melyekre a felek különös súlyt helyeztek, jelesül a feltétel, az időhatározmány. Ha az ilyen főhatározmány elesik, elesik a mellékhatározmány is. A mutuum elestével

elesik a kamatkikötés is, az adásvétellel a különböző pacta adiecta. De a mellékhatározmány eleste nem vonja maga után a főhatározmányt is. Erre áll a szabály: utile non debet per inutile vitiari. Ha az ügyletnek több főhatározmánya van, és az egyik elesik, megint értelmezési kérdés, vajjon a felek az egyik hatást akarták-e a a másik nélkül, vagy pedig conditio sine qua nonja-e az egyik a másiknak. Erre a törvényekben értelmezési szabályok vannak. Igy a testamentumnál a heredis institutio elestével elesik az egész végrendelet, de minden más határozmány eleste nem dönti meg a végrendeletet Ez alól megint kivétel a 115-ík novella.

A mikor a jogügylet megdől, mindig előáll a kérdés, nem lehet-e más formában megtartani ezt a jogügyletet, melynek a felek által szándékolt formában hatása nincsen. Az eset ez: A felek egy bizonyos tényállást állítottak elő, de ez a tényállás arra a jogügyleti formára, mely szemük előtt lebegett, hiányos. Ha azonban a felek ugyanezt a tényállást perficiálták volna, de az ügyletet máskép nevezték volna, akkor az ügylet megmaradna, és a hatás legalább nagyjában előállna. Pl. Valaki végrendeletet készit, a mely azonban valami alaki, vagy anyagi hibában szenved, tehát érvénytelen. Ha a végrendelkező ezt nem végrendeletnek, hanem codicillusnak nevezte volna, akkor X megkapná az egész vagyont, a melyet az elhúnyt neki szánt, nem ugyan mint heres, hanem mint fideicommissarius. A mikor mi a fél által hiányosan kötött jogügyletet más czim alatt fentartjuk, beszélünk az *ügylet conversiojáról*. Ez nagyon kényes théma, ha pl. elévült váltómat 3 év mulva convertálni akarnám közönséges kötelezvényre. A conversio kérdése elvileg teljesen úgy áll, mint a jogszabályok értelmezésénél az analogia. A törvényhozó a jogszabály megteremtésénél egy bizonyos tényállásra gondol, mely neki kedves, vagy nem kedves, és e szerint ezt a tényállást megengedi, vagy tiltja. Nem gondol azonban egy más tényállásra, mely teljesen olyan szempont alá juthatna, mint az általa rendezett. Már most lehet, hogy a helyett, hogy a czélt tiltaná, megtiltja a leggyakrabbi hozzávezető utat, de lehet, hogy ő nem a czélt, hanem csak ezt az egy utat akarta tiltani. Ez aztán értelmezés dolga. Ép így a felek ügyleteivel. Ha a felek előtt a czél, és nem az ügyleti forma volt az irányadó, akkor jogosítva vagyunk az analogia, a conversio alkalmazására. Csakhogy a mi példánkban, a váltónál, a feleknek nem az volt a czéljuk, hogy az adós köteles legyen fizetni, hanem az, hogy köteles legyen abban a formában fizetni, a mint azt a váltótörvény mondja: 3 évig szigorubban, azontúl sehogysem.

A kezdetben hiányos jogügylet utólag pótolható-e? Ez *a jogügylet orvoslásának*, *convalescentiájának* kérdése. Erre az általános szabály a *regula Catoniana*: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*. A ténykörülmény változása tehát nem teszi érvényessé az ügyletet, de azzá teheti az érvénytelenségben

érdekelt félnek utólagos akaratnyilvánitása, a melyet szintén *ratihabitionak* neveznek. A kiskorú ügyleteit nem teszi érvényessé az, hogy időközben nagykorúvá vált, de azzá teszi, ha ő maga nagykorúságában jóváhagyja őket. Az ügyletet, melyet csak én támadhatok meg, jóváhagyásommal feltétlenül érvényessé tehetem, lemondhatok megtámadási jogomról. Már a semmis ügyleteknél, mikor az ügylet mindenkire nézve semmis, az én akaratnyilvánitásom nem segit. Az azonban bizonyos, hogy a felek az előbbi semmis ügyletet ujból megköthetik még visszaható hatással is, és úgy elérhetik a czélt. Harmadik személyekre azonban az ügyletnek nincs visszaható ereje, és ha a harmadik személy már előbb szerzett a semmis ügylettel ellenkező jogot, ezt az uj ügylet nem érinti. Mégis vannak egyes semmis ügyletek, melyeknél az egyik félnek egyoldalú ténykedése folytán a semmisség úgy tekintetik, mintha be sem állt volna. Ilyenek pl. hogy a házastársak közti (semmis) ajándékozás érvényre emelkedik, ha az ajándékozó meghal, a nélkül, hogy az ajándékot visszavonta volna, vagy pl. idegen dolognak elzálogosítása vagy elidegenítése érvényessé válik, ha az elidegenítő vagy elzálogosító később a dolog tulajdonosává lesz.

L. még Kajuch 117—119. old. 5. pontig, Vécsey 199—201-tg.

36. §. Jogellenes magatartás.

A jogi tények közül kiemeltük a jogi cselekményeket és ezeket felosztottuk megengedett és jogellenes cselekményekre. A megengedett cselekmények közül különösen fontosak a jogügyletek. Ezekről szólottunk az eddigiekben. Most áttérünk a jogellenességre, a jogsértésre, mint szintén fontos tényállásra.

Vannak tények, közelebbről: van emberi magatartás, cselekvés vagy nem cselekvés, abbanhagyás, a mely a jog parancsával ellenkezik. A jogellenes magatartás tehát lehet jogellenes tevés vagy jogellenes abbanhagyás. Ha az idegen dolgot ki nem adom, vagy az adósságomat meg nem fizetem, az jogellenes abbanhagyás. Jogellenes tevés pl. ha másnak a dolgát rongálom. Nem minden jogellenes magatartás sért idegen subjectiv jogot, de objectiv jogszabályt mindenesetre sért. Jogellenséget követ el a kocsis, a ki lovait kínozza, de nem sérti vele senkinek a subjectiv jogát. Csak embernek a magatartása lehet jogellenes, a természet előidézte állapot sohasem lehet az. A villámcsapás lehet valakire káros, de azért az nem jogellenes magatartás. Érdeket sért, jogos érdeket, sőt megsérti az illetőnek alanyi jogát, de azért ennek a jogsértésnek az oka nem jogellenesség. Jogellenességről csak ember magatartásánál lehet szó, még pedig csak olyan embernél, a kinek a magatartását jogilag beszámítjuk. A római jog és az annak alapján fejlődött pandektajog szerint nem cselekvőképes embernek magatartásából, sértse is bár másnak az érdekét, sohasem keletkeznek

azok a következmények, melyek a jogellenességgel járnak. Az ujabb jogokban ezzel szemben az a tendentia mutatkozik, hogy a jogellenességgel járó következményeket oly esetben is alkalmazzák, mikor be nem számítható ember az oka a jogsértésnek. Nem lényeges eleme a jogellenes magatartásnak az, hogy az illető vétkes legyen, hogy az elkövetőnek azért szemrehányást lehessen tenni. Van tehát *vétkes és vétlen jogellenes magatartás (unbefangenes, schuldloses Unrecht)*. Vétkes az a magatartásom, melyet abban a tudatban tanusitok, hogy jogellenességet követek el vele, vagy legalább olyan, hogy elkövetését szememre lehet vetni. A vétkes magatartások közül ismét a jog kiragad bizonyos csoportot, melyhez különös következményeket fűz, és ezeket *vétségnek*, *delictumnak* hivja. Hogy elvileg a vétkes jogellenes magatartások közül melyeket kell vétségnek minősíteni, arra választ nem lehet adni. Elvi határ nincs a nem delictuosus vétkes jogellenesség és a delictum közt. A vétségek közül némelyek pusztán magánjogiak, civilisticusak, azaz csak magánjogi következménnyel járnak, mások criminalisticusak is, azaz büntetőjogi sanctio alá is esnek. Valamint nincs elvi határ vétség és más vétkes jogellenesség közt, ugy nincs civilis és criminalis között sem. Ez merő positivium. Az egyik jogrend ezt tekinti vétségnek, a másik azt, az egyik bizonyos vétségeket üldöz büntetőjogilag is, a másik másokat. A positiv törvényhozás dolga eldönteni, hogy az egyes vétkes jogellenességeket milyen erős sanctioval lássa el.

Systematicus megjegyzés: A vétségeket, pl. a lopást, a kötelmi jogban szokás tárgyalni, mert belőlük restitutionalis kötelezettség származik. Csakhogy restitutionalis kötelezettség egyéb vétkes és vétlen jogellesságből is származik, és ezek a kötelezettségek nem qualitative, hanem csak qnautítative különböznek egymástól. Pl. Én jóhiszeműen birtoklom másnak a dolgát (vétlen jogellenesség): restitutionalis kötelezettségem a dolgot és annak el nem fogyasztott gyümölcseit visszaadni, de excipiendo követelhetem az impensaimat (költségeimet). Én rosszhiszeműen birtoklom másnak a dolgát (vétkes, de még nem delictuosus jogellenesség): köteles vagyok a dolgot cum omni causa, minden gyümölcscsel együtt visszaadni, és már csak a szükséges impensakat érvényesíthetem. Én nemcsak birtoklom rosszhiszemüleg másnak a dolgát, hanem magam vettem is el tőle (lopás; vétség): köteles vagyok nemcsak a dolgot, hanem annak négyszeresét is megadni. Ha már most a jogellenességnek első két fokát a dologi jogoknál, a tulajdon fejezetében tárgyaljuk, akkor következetesen az odavágó delictumokat is ott kellene tárgyalni, vagy pedig a jóhiszemű és rosszhiszemű birtokos kötelezettségéről is a kötelmi jogban kellene szólanunk.

A vétkes jogellenség akármilyen jogra vonatkozhatik, sőt előfordul ott is, hol subiectiv jog nincs is. Ezért helye az általános részben van.

37. §. Vétkesség.

Vétkességről akkor beszélünk, mikor jogellenességem vagy tudatos, vagy, ha nem is tudatos, de mégis szemembe hányható. Tehát van tudatos, és nem tudatos vétkesség. Az első esetben *szándékosságról (dolusról)*, a másodikban *gondatlanságról (culparól)* beszélünk. Szándékos jogellenesség, ha annak tudatában teszem a jogellenességet hogy az jogellenes, még ha magát a jogellenességet nem is szándékoltam s czéloztam is. A czélom dicsérendő lehet, magatartásom mégis szándékos vétkes jogellenesség lesz, pl. ha én másnak a kutyáját, mert gazdája rosszúl bánik vele, szabadonbocsátom. Nem szükséges tehát a szándék, elegendő a tudat, hogy magatartásommal valamely jogszabálylyal ellentétbe helyezem magamat. Ezzel szemben gondatlan akkor a jogtalanság, ha cselekményem elkövetésénél nem tudom, hogy jogszabályt sértek, de tudhattam volna és ez nekem szemembe hányható. A doluson és culpan kivül nincs más faja a vétkességnek. A mit némelyek állítanak, hogy van még egy a culpa alatt álló faj: *a custodia* vagy *culpa levissima*, azt a források nem erősítik meg. A míg azonban a dolusnak csak egy foka és fajtája van, mert vagy tudom, hogy jogtalanságot követek el, vagy nem tudom, tertium non datur, és különböző tudás sem lehet, addig a culpának több fokát ismeri a római jog. Nevezetesen megkülönböztet *culpa latat* (*vaskos, vastag gondatlanság)* és *culpa levist (kis gondatlanság)*. A culpa ezen fokainak megméréséhez, mint minden méréshez, mértékre van szükségünk. Ez a mérték a római jogban a bonus paterfamilias gondossága. (Paterfamilias nem fordítandó családatyával, hanem önálló emberrel.) Ez a mérték természetesen abstractio, érteni kell rajta átlagembert, középembert, philistert, a ki nem szeles, de nem is nagyon pedans, nem túlságosan okos, de nem is nagyon bolond. A ki oly gondosságot sem tart szem előtt, a mit nemcsak az ilyen közepes, józan, hanem még szeles ember is szem előtt szokott tartani, az culpa latat követ el, ennél kisebb a culpa levis. Néha azonban a római jog más mértéket állít fel, nem abstract mértékhez viszonyítja a gondatlanságot, hanem az egyén individualis gondosságát tartja szem előtt. Mértékül magát A-t, a concret embert veszi, és csak oly gondosságot kiván, a milyet ez maga szokott szem előtt tartani: diligentian, quam quis in suis rebus adhibere solet (ú. n. *culpa in concreto* ellentétben a *culpa in abstractohoz*). Ez esetekben, mikor a jog csak ennyit kiván, még ha különben felelős is volnék culpa levisért, nem leszek az, ha a magam dolgaiban is ilyen hanyag vagyok. De már culpa lata alól ez sem ment fel. Ilyen esetek, mikor a jog csak culpa in concretoért von felelősségre: a gyámság, gondnokság, hozománykezelés a férj részéről, társaság. Társaság esetén culpa levisért is felelős volnék, de ha én a saját dolgaimban is csak oly könnyelműséggel

járok el, a milyet ez esetben tanúsítottam, akkor nem vagyok felelős. Ennek az előnyösítésnek oka az, hogy pl. a gyámságra engem köteleznek, nem a magam jóindulatából vállalom el, a többi esetekben pedig módjában állott volna a felperesnek természetemet kiismerni, ha pedig ismerte, miért szövetkezett velem?

Vannak rendhagyó esetek, mikor valakit felelőssé teszünk oly eredményért, melyet sem tudatosan, sem gondatlanul elő nem idézett: a mikor tehát ő a véletlenért is felelős. Ilyenért felelősek a caupo (szállodás), nauta (hajós, ma általában fuvarozó), stabularius (istállótulajdonos), ide tartozik a noxa esete (rabszolga vagy négylábu állat kártevése), és ma a kis gyermek és őrült is, hisz vagyonából kártérítést adunk. Ezek tehát *casusért*, véletlenért is felelősek. De a véletlen események csoportjából megint kirekesztünk egy csoportot, a *vis majort*. Hogy ez miben külömbözik a többi casustól, arra két nevezetesebb elmélet van. Az egyik *Exner objectiv elmélete*, mely szerint vis major az, a mikor maga az illető esemény qualifikalódik azzá, jelesül olyan, hogy rendkívüli ritkasága, nagy erővel való beállása már in abstracto lehetetlenné tesz minden emberi ellentállást. Szóval ritka, ellen nem súlyozható elemi csapás. Tehát nem vis major, ha a torpedo átfurja a hajót, vagy a Thomas órája (l. a büntetőjogban). Ezzel szemben *Goldschmidt subjectiv elmélete* azt mondja, hogy vis maior minden casus, melylyel szemben az adott esetben lehetetlen volt a védekezés, a mely ellen tehát in concreto az illető mindent megtett, a mi tőle telhető volt. Goldschmidt szerint tehát vis major az igazi casus, és voltaképen minden casus vis major.

A források terminologiája ez anyagra nézve a következő. A hol arról szólanak, hogy „dolus praestatur" ott a dolus a culpa latat is magában foglalja (culpa lata dolo proxima est, dolo comparatur). „Dolum et culpam praestari", ebben a culpa culpa levist jelent. Diligentiam praestari = omnem diligentiam (tehát culpa levist is) praestari. Vitás még, hogy ez a szabály culpa lata dolo comparatur kivétel nélkül áll-e, mint Dernburg állítja. Ihering szerint ez csak contractualis viszonyokban áll, és felhozza ezt a példát: Ha valaki tőlem az utczán azt kérdezi, hogy merre van az út a vasúthoz és én neki gondatlanul kerülő útat mutatok, ilyenkor én culposusan járok el, de azért nem vonhat engem felelősségre, még ha le is késett a vonatról, a mi neki nagy kárt okozott. A Ihering nézete a helyes.

Vécsey 357. oldal, Kajuch 261. oldal.

38. §. A jogellenes magatartás joghatása.

A jogellenes magatartásnak joghatása vagy az, hogy egy eddig fennálló tilalom, illetve parancs megszűnik, vagy új tilalom, illetve parancs keletkezik. Elsőre példa a retentio, a megtartás joga.

Visszatarthatom a kiadások fejében a más dolgát, tehát megszűnik az a tulajdoni parancs, hogy add vissza az idegen dolgot. Más példa: a mezőrendőrségi törvény megengedi a mezőn talált idegen marha megzálogolását; ez részleges megszünése az eddigi parancsnak, a tulajdonjognak. Czélja szerint a joghatás vagy *kiegyenlítésre* irányúl, vagy *büntetésre, megtorlásra*: malum quod infligitur propter malum. A kiegyenlítési parancs megint vagy utólagos teljesítést rendel, vagy kártérítést, vagy cautiot, biztosítékadást, pl. cautio de amplius non turbando. De akár büntetést, akár kiegyenlítést czéloz a jogrend, a joghatás nem lehet más, mint az, hogy vagy megszüntet egy fennálló parancsot, pl. visszatartási jog (kiegyenlítés), decretum divi Marci (az a hitelező, ki kielégítés czéljából adósától önhatalmúlag vesz el vagyontárgyakat, elveszti követelését; tehát a javára fennálló parancs büntetésből megszünik), vagy uj parancsot ad ki. Ez az utóbbi a fontosabb, mert gyakoribb. Ez az uj parancs, mint mondtuk, azt rendeli, hogy te jogsértő, te jogellenes magatartást tanúsító, tedd meg ezt meg ezt, teljesíts utólag, illetve adj; kártérítést, adj óvadékot). Rendszerint a parancson kivül a jogrend még egy parancsot bocsát ki az állami közegekhez, a bírósághoz, hogy az érdekelt fél kérelmére ezt az előbbi parancsot esetleg karhatalommal is ervényesítse. Szükséges azonban, hogy a fél ezt kérje, vagyis ez a másodtétel a féltől van függővé téve. A jogosult félnek kezébe adott ez a lehetőség, hogy a kiegyenlítést vagy büntetést állami közegek segitségével érvényesitheti **az igény (Anspruch, actio)**. Az igény — a perlési jog, actio — tehát a másik fél jogellenességének a következménye. Windscheid mást ért alatta. Szerinte már a jogellenesség előtt is van igény. Szerinte pl, a tulajdonosnak igénye van rá, hogy senki sem bántsa az ő dolgát. Windscheid szerint tehát igény az, a mit mi objectiv jogszabálynak neveztünk, a jog más oldalról nézve. Ez helytelen. Igény nincs minden objectiv jognál, hiszen épen az igényre való kilátás, a másodtétel megindithatása különbözteti meg az objectiv jognak egy nagy csoportját a többi jogtól, ez emeli ki a subjectiv jogot az objectiv jogok köréből. Igényről csak a subjectiv jogoknál lehet szó, hisz épen ez teszi a subjectiv jogokat subjectiv jogokká. Ezzel szemben egyesek, így Degenkolb, Plósz (Zur Theorie des Klagerechtes) tagadják a subjectiv jog és az igény közti kapcsot. Hiszen perelhet az is, a kinek nincs is joga, és alperesnek e perben védekeznie kell, mert különben elmarasztalják, és még végrehajtást is inditanak ellene. Ez azonban nem bizonyít semmit. Ez csak az állami eszközökkel való visszaélés, azok gyarlósága. És a között, hogy az állam mit akart elérni, és az eszközök tökéletlensége által pedig mit ért el, különbséget kell tenni. Tény az, hogy az állam ilyenkor nem akar elmarasztalást.

Az igényre való kilátás teszi a subjectiv jogot azza. Subjectiv jogról csak akkor beszélhetünk, ha a jogalany állami közegek útján

megindíthatja a másodtételt. Néha azonban le van téve a jogalany kezébe az a lehetőség, hogy állami közegek igénybevétele nélkül, saját erejéből is kikényszerítheti a másik fél jogellenes magatartásának a joghatását, a kiegyenlítést vagy a büntetést. Ez az **önsegély** esete. Ilyenkor nem állnak be új normák, hanem a már meglevő bizonyos, a másik fél személyét, vagyonát védő normák lépnek hatályon kivül. Az önsegély tehát úgy áll elő, hogy egészben vagy részben, ideig-óráig felszabadulok oly normák alól, melyek eddig megakadályoztak abban, hogy ellenfelem ellen fordulhassak. Az önsegély vagy támadó önsegély: *önhatalom,* vagy védő: *önvédelem.* Az önhatalom rendesen tilos, az önvédelem rendesen meg van engedve.

Az önvédelem abban áll, hogy valaki által előidézett jogellenes állapot továbbtartását (Kajuch szerint 122. old. a fenyegető jogsértést) megakadályozom akár erőszakkal (vim vi repellere cuique licet), akár csellel (dolus bonussal). Ez a jogos védelem (inculpata tutela, mely Vécsey szerint 202. oldal nemcsak önvédelem, hanem másnak a védelme is lehet) meg van engedve a következő feltételek mellett: 1. ha a másik fél magatartása jogellenes; 2. ha rögtöni intézkedés lehetséges, ha t. i. a baj rögtöni intézkedés által orvosolható, még mielőtt a jogellenes állapot a jog által védett állapottá, ú. n. birtokállapottá lett volna (hogy meddig még nem védett a jogellenes állapot, az elvileg meg nem határozható); és 3. az alkalmazott physikai erő ne menjen túl a szükséges mértéken, hanem a bonus paterfamilias körén maradjon belül (moderatio inculpatae tutelae, melyet Diocletionus rendelt; l. Vécsey 202). Persze mathematikai pontosságu mérés itt lehetetlen.

Az önhatalom (támadó önsegély, önbiráskodás) tilos, csak kivételesen van megengedve, ha t. i. absolute semmi kilátás sincs arra, hogy a jogellenesség máskép orvosolható volna (periculum est in mora), pl. az Amerikába szökő adós megzáloglása. (Továbbá meg van engedve az önhatalom, ha a felek azt előre kikötötték, és a bérbeadó erőszakkal meggátolhatja a bérlőt invectai és illatai elvitelében, ha ez a bért még ki nem fizette, l Kajuch 122. old.) A tiltott önhatalom sanctioi a birtokban levő fél részéről a birtokkeresetek, az actio iniuriarum, a decretum divi Marci, I. Theodosius és II. Valentinianus intézkedése, mely szerint az, a ki idegen birtokban levő dolgát a birtokostól erőszakkal elveszi, elveszti tulajdonjogát, ha pedig nem volt tulajdonos, még a dolog értékét is meg tartozik téríteni. Az önhatalom büntetéséről intézkedik végül Caesar idejében a lex Julia de vi, mely nyilvános büntetést szab rá.

Az önsegély lehet közvetlen, pl. visszaveszem a dolgomat, kilököm azt, ki birtokomba tolakodik, és lehet közvetett mikor indirekte gyakorlok pressiot pl. a retentioval élek, hogy az adósom fizessen.

Az önsegély úgy általában tilalom megszegése esetén, vagyis nagyjában az absolut jogoknál és a non facerere menő obligatiok-

nál van megengedve, a kötelezettség nem teljesítése, tehát parancs megszegése esetén pedig, vagyis a relativ jogoknál nincs megengedve. Utóbbiaknál csak egy kivétel van, t. i. a veszély esete.

A primitiv jogokban az igény érvényesítésének praevaleaió formája az önsegély, idővel azonban ez háttérbe szorul. A római jogban a primitiv kornak erre vonatkozó maradványa a manus iniectio. A fejlettebb római jogban, úgy mint minden más fejlett jogban, az igénynek birói úton való érvényesítése a fontosabb.

39. §. Biról érvényesítés.

Azt, hogy a jogellenesség által sértett félnek akaratától van függővé téve állami organumokhoz intézett, rá nézve másodtételű, parancsoknak a beállása, *kereseti* vagy ujabban *anyagi kereseti jognak* nevezzük. Az anyagi kereseti jog az igény megjelenésének második formája, mert itt is, úgy mint az önsegélynél, a féltől van függővé téve bizonyos másodtételek beállása. Ez az igény, ez a kereseti jog (Klagerecht) nem abban áll, nem az a hatalom, hogy keresetet adhatok be, (ezt bárki megteheti), abban sem áll, hogy a biró bizonyos eljárási formákat köteles alkalmazni, köteles a perrendtartás szerint eljárni, hanem áll abban, hogy az én akaratomnál fogva állanak be azok a parancsok, melyek a biróhoz vannak intézve, hogy ő nekem végeredményben a megkivánt állapotot előteremtse. Röviden tehát abban áll, hogy akaratomnál fogva bizonyos állapot kényszerítendő ki, tehát a kereseti jog a jogellenességből folyó igény a condemnatiora és executiora. Ez pedig csak oly esetben kellene, hogy beálljon, mikor az állitott jogellenesség tényleg megtörtént. Hogy jogsértést nem szenvedett is megindíthatja az e célra szánt állami gépezetet, hogy néha a jogosúlt kilátása nem valósúl meg, míg a jogtalan eléri czélját, az csak az intézmény gyarlósága, a perszervezetnek elkerülhetetlen árnyékoldala, a melyet azonban épen a jogosúltak érdekében nem lehet megváltoztatni. Az ilyen gyarlóságok a jog más terén is ismétlődnek. Pl. a római jog védi a birtokost, de ezzel aztán mint gyarlóság vele jár a tolvaj védelme is.

Az anyagi kereseti jogot, az igényt a rómaiak *actio*-nak nevezik. De az actio szó (épúgy mint ma a kereset) nemcsak ezt jelenti, hanem jelenti magát az igényt, az anyagi kereseti jogot érvényesítő cselekményt is. Igy beszélnek a rómaiak agereről. Ez magyarázata annak, hogy actio névvel olyat is jelölnek, a mi az anyagi kereseti jog alá nem is tartozik. Ilyenek pl. a ma nagy számban megengedett *actiones praeiudiciales,* megállapítási keresetek. Ezek keresetek, melyek nem czéloznak marasztalást, condemnatiot, hanem csak valamely nem szükségképen jogellenes állapotnak a birói constatalását, vagyis pronunciatiot, melyeknél tehát nincs igény. Nem erednek ennél fogva szükségképen jogellenességből, és

czéljok sem valaminek a kikényszerítése. Pedig anyagi keresetről csak erre vonatkozólag lehet szó, azaz az actio ezen fogalma alá csak az ú. n. *condemnationalis keresetek* tartoznak. Hogy a megállapítási kereseteket is actioknak nevezzük, az onnan van, mert ezeknek a külső formája is olyan, mint az actioké, ezeknél is a fél kivánatára vizsgálja a biró azt, hogy mi a tényállás? De az actio többet is kiván. Az actionak czélja tudvalevőleg nemcsak a tényállás megállapítása, hanem vagy kiegyenlítés (teljesítés, kártérítés, biztositás, actio rei persecutoria, qua rem persequimur) vagy büntetés (actio poenalis), sőt néha mind a kettő (a mixta).

Már most mit kell felperesnek állítania, hogy a bírót az eljárásra indítsa. Mi legyen *a kereset tartalma*? A kereset tartalma logicai syllogismus, tehát 3 részből áll. Első praemissa: A jogtétel azt mondja, hogy ha x történt, történjen y; második praemissa a tényállás: ámde x történt; conclusio: tehát kérem, hogy y történjen. Pl. A jogparancs azt mondja, hogy az adós a lejáratkor fizessen, minthogy a lejárat már itt van, kérem tehát adóst a fizetésben elmarasztalni. Ezt a harmadik tételt voltakép nem kellene belefoglalni a keresetbe expressis verbis, hisz mint minden helyes syllogismusnál, önként adódik. Az elsőt sem kellene, mert hiszen iura noscit curia, a jogszabályokat a bíróság ismerni tartozik. A 3-ik tételnek, a petitumnak, belefoglalása ma azonban mégis szükséges, mert a perrendtartási maxima az, hogy a birónak a jog által előirt következményekből csak annyit szabad előállitania, a mennyit a fél kért, vagyis ma a tárgyalási elv az uralkodó. A syllogismus második részét azonban bármely elv mellett is okvetlenül elő kell adni, ez a legfontosabb. És épen ez az, a miben a mai jog a római classicus jogtól különbözik A római jogban az actio főtypusa az *actio in ius concepta* volt, holott ma az *actio in factum* az. A római felperes a praetor előtt, hol tudvalevőleg a per constitualása ment végbe, a maga állítólagos jogigényét adta elő: aio mihi ius esse, aio mihi centum dare oportere, ellenben ma felperes nem jogára, hanem tényállásra hivatkozik, melyből persze az ő joga folyik. A római jog is ismerte az actio in factumot, de csak mint kivételes történeti alakulatot (l. Vécsey 227. old.).

A keresetnek substantiálva kell lennie, azaz az előadott tényekből kell a petitumnak következnie. Már most milyen tényeket kell felperesnek előadnia? Elő kell adnia a jogmegállapító, a jogkeletkeztető tényeket, de nem a joggátló és jogmegszüntetőket. Ezeket hadd állítsa és bizonyítsa alperes. A jogkeletkeztetőket sem kell mind előadnia és bizonyítania, csak azokat, melyek nem szabályszerűek, de nem azokat, a melyek fenn nem forgása a kivétel, a melyek tehát feltételeztetnek. Pl. azt, hogy az ügyletkötésnél nem volt elmebeteg, nem kell előadnia, mert az elmebetegség kivételes.

Ezzel a kereseti elődással szemben alperes védekezik. Nagy vitára adott okot az a kérdés, vajjon alperes köteles-e védekezni,

vagy csupán védekezhetik, joga van védekezni. A kötelesség-elmélet azonban tarthatatlan, mert ha pl. alperes nem jelentkeznék, a makacssági itélet az ő meg nem jelenésének büntetése volna, és akkor in contumaciam el kellene marasztalni még akkor is, ha felpereresnek szemmel láthatólag nincs is igaza. Ma már uralkodó nézet, hogy alperesnek nem kell védekeznie, csak védekezhetik, ha akar. Igy a mi perrendünk szerint, ha alperes nem jelen meg, még nincs poena contumaciae, hanem a biró az elébe terjesztettek alapján itél.

A classicus római jogban alperes állása a következő volt. Vagy tagadta felperes keresetének intentióját: rem actoris esse (in rem actionál), dare, facere, praestare opportere (in personam actionál), és akkor ezt ideje volt a biró, a iudex előtt in iudicio megtenni. Vagy ezt nem tagadta ugyan, mert a ius civile szerint ez a jogviszony tényleg fennállt, de fel tudott hozni oly ténykörülményeket, melyeket a ius civile ugyan nem, de praetor tekintetbe vett. Ezeket in iudicio nem hozhatta fel, mert a iudex a ius civile szerint tartozott itélni, de minthogy a praetor imperiumanak alá van rendelve, annak parancsát köteles tekintetbe venni, még ha ez a ius civile-vel ellenkezik is. Alperes tehát, ha felperes keresetével szemben valamely ius honorariumbeli szempontra akart hivatkozni, ezt csak a praetor előtt, in iure tehette meg, hogy ez a formulába, a biróhoz küldött utasításába bevegye és így a biró ezt is figyelembe vegye. Ha pl a hitelező adósának a tartozást pactum de non petendo alapján elengedte, ezt a ius civile semmibe sem vette, felperes állításával szemben, hogy alperes neki dare opportere, adni tartozik, alperes a biró előtt nem tagadhatott, mert a ius civile szerint még mindig tartozott. Ha azonban a praetor előtt hivatkozott erre a pactum de non petendo-ra, akkor a praetor belevette a formulába, hogy te biró, ha felperesnek megvan az a joga, melyet állít, akkor marasztald el alperest, kivéve (nisi) ha igaz az, a mit állít, hogy t. i. pactum de non petendo alapján felperes neki a tartozást elengedte. Alperesnek ez a védekezése tehát a rendes formulába szúrt kivétel volt, innen neve: *exceptio*. Ha azonban a hitelező acceptilatioval engedte el adósának a tartozást, akkor alperes a biró előtt egyszerüen tagadhatta felperes (a hitelező) követelésének fennállását, mert az acceptilatiot a ius civile elismerte. Igy állt a dolog a római typicus kereseteknél: az in ius concepta actioknál. Voltak azonban már akkor is más perek, a melyekben a szabálytól eltérőleg felperes nem arra irányította a maga keresetét, hogy neki valamilyen joga van (aio rem meam esse), hanem, mint ma szokták, elmondott egy bizonyos ténykörülményt (aio me mensam argenteam apud Numerium Negidium deposuisse), és ennek alapján kérte alperes elmarasztalását. Ez volt tüdvalevőleg az actio in factum concepta. Ennél a biró csak azt nézte, vajjon az idézett tényállás igaz-e, ha igen, elmarasztalta alperest, ha nem, felmentette. Itt tehát

még ius civilebeli tényekre is hiába hivatkozott az alperes a biró előtt, a biró csak a formula intentiójában levő tényállást nézte. Ezért az ilyen pereknél alperes nemcsak a ius honorarium, hanem a ius civile alapján felhozattakat is kénytelen volt már a praetornál (in iure) előterjeszteni, hogy a formulába exceptio gyanánt belekerüljenek. Itt tehát, hacsak egyáltalában nem tagadta, hogy felperes nála a mensa argentea-t letette, még azt is exceptio formájában kellett a formulába bevétetnie, hogy a letett dolgot már visszaadta, holott ez (a solutio) a ius civile szerint is megszüntette felperes követelését.

Ma minden actio in factum van concipialva. De ma már ius civile és ius honorarium közt különbség nincs, nincs formularis eljárás, és nincs in iure és in iudicio eljárás közt különbség (Angliában sem 1873 óta). Ma tehát alperes védekezése máskép~~p~~ alakul. Ma felperes tényelőadásával szemben alperes először is *tagadhat* (helytelenül úgynevezett negativ litis contestatio), tagadhatja a felperes által előadottak igaz voltát. Másodszor lehetséges hogy alperes valónak ismeri el felperes tényelőadását, de nem találja kimerítőnek, felperes nem adta elő az egészet, van még oly relevans tény, melyet nem adott elő, és melyet ha előadott volna, az eredmény is más volna. Alperes tehát kiegészítheti felperes tényelőadását, és ma ezt nevezzük *kifogás*-nak. Az alperes által felhozott ez az ujabb tény kétféle lehet. Vagy olyan ez a tény, a melyet, ha már felperes maga felhozta volna, alperesnek ez javára szolgált volna, nem kellene ujból felhozni. Pl. ha alperes kötelezettségét már teljesítette (solutio), akkor akár felperes említi ezt meg a maga tényelőadásában, akár csak alperes hivatkozik rá, ez mindenképen alperes javára szolgál. Ezzel szemben felhozhat azonban alperes oly tényeket is, melyeket, ha felperes fel is hozta volna őket, a biró, ha alperes nem hivatkozik rájok, még sem vehetett volna figyelembe. Alperesnek kell őket felhoznia, hogy a biró tekintettel legyen rájok, hogy tehát a létező igény megszüntetessék. Alperesnek ily tényekre való hivatkozása nemcsak allegatio, hanem akaratnyilvánitás, hogy javára az illető tények tekintetbe vétessenek. Pl. alperes csak félelemből irta alá a kötelezvényt. Felperes ezt említi ugyan keresetében, de azért a biró még sem lesz rá tekintettel, hacsak alperes maga nem kéri ennek figyelembe vélelét. Ennek oka az, hogy, ha alperes nem akart bátortalanságára hivatkozni, viselni akarja annak következményeit, akkor más egész természetesen nincs feljogosítva azt hánytorgatni. Az olyan tényeket, melyeknek figyelembe vételére alperes kérelme nem szükséges, a biró hivatalból veszi tekintetbe, a melyekre azonban alperes kérelme szükséges, nem veszi tekintetbe hivatalból.

A kifogás ma e szerint kétféle. Az első csoportot *igénytagadó kifogás*nak nevezzük, a mely ismét kétféle lehet vagy *igénygátló* vagy *igénymegszüntető*. Igénygátló pl. az, ha alperes arra hivat-

kozik, hogy kiskorú; igénymegszüntető, ha azt hozza fel, hogy tartozását már megfizette. De akár igénygátló, akár igénymegszüntető az igénytagadó kifogás, az sohasem tagadása felperes tenyállításának, hanem csak pótlása, ha t. i. felperes nem említette ezeket az igénygátló vagy megszüntető tényeket a maga tényelőadásában.

A kifogásnak másik faja az *igényérvényesítő kifogás* (Rechtverfolgende Einrede), melynél alperes azon jogát érvényesíti, hogy valamely tény alapján, (melyet ha felperes fel is hoz, az figyelembe nem vétetik,) felperes igényét hatálytalanná teheti. Ilyen pl. a *compensatio*: én tartozom ugyan felperesnek, de felperes is tartozik nekem. Ha felperes maga említi is, hogy ő is tartozik alperesnek, a biró még sem fogja őt elutasítani keresetével, hacsak alperes maga nem kéri ez alapon a kereset elutasítását. Ide tartozik továbbá pl. az *exceptio non adimpleti contractus*. Felperes kéri a vétel alapján a vevőtől a vételárt. Alperes nem tagadja, hogy a vétel létrejött, tehát ő a vételárral tartozik, ámde neki az ügyletből, a vételből kifolyólag ellenkövetelése van, hogy t. i. az eladó neki az árut átadja Minthogy azonban felperes neki az árút még át nem adta, kéri a birót, utasítsa el őt igényével mindaddig, mig kötelezettségének eleget nem tesz. Itt ha esetleg már felperes maga említette is keresetében, hogy ő az árút még nem adta át, mégis a biró nem fogja őt a vételárt követelő keresetével elutasitani, hacsak alperes maga nem hivatkozik arra, hogy az árút még nem kapta meg. Ilyen még a *ius retentionis* alapján emelt exceptio doli generalis, a mi voltaképen az exceptio non adimpleti contractusnak egy esete. Felperes követel tőlem egy dolgot, a mely az övé. Én ezt nem tagadom, a mit felperes előad, az való, csakhogy én erre a dologra különféle kiadásokat tettem, költségekbe vertem magamat, melyeket felperes nekem megtériteni tartozik. A míg ezeket meg nem tériti, kérem keresetének elutasítását. Ilyen továbbá az *exceptio redhibitoria*. Felperes az el- és átadott dologért kéri a vételárat. Alperes ezzel szemben kéri felperes keresetének visszautasitását, mert a dolognak ilyen és ilyen rejtett hibája van, és így az ügylet megszünt. Ide tartoznak a *megtámadás* esetei általában, így dolusnál, metusnál, errornál stb. Ezek közül egyeseknél: az exceptio non adimpleti contractusnál, a retentionál, a compensationál az exceptio indirekte, közvetve igény érvényesitésére szolgál, alperes külön keresetet is indíthatna, vagy viszonkeresetet támaszthatna. Az igényérvényestiő exceptiók alapján felperes igénye vagy mindörökre visszautasíttatik pl. exceptio quod metus causa esetén, vagy esak ideig-óráig pl. az exceptio non adimpleti contractusnál. Előbbiek az *exceptiones peremptoriae*, utóbbiak az *exceptiones dilatoriae*.

Az igénytagadó és igényérvényesítő kifogások közt practice két különbség van. Az igénytagadót a biró hivatalból köteles figyemérbe venni, az igényérvényesítőt csak alperes kivánságára, kérelleme. Az igényérvényesítő kifogásról alperes lemondhat, az igény-

tagadóról, ha egyszer folhozta, már többé nem mondhat le, mert nem változtathatja meg az objectiv jogot.

A római jogi exceptiok már most milyen kifogások alá tartoznak? Savigny, Windscheid, Dernburg (Albrecht nevü iró után) azt állítják, hogy minden exceptio ellenjogot (Gegenrecht) igényt érvényesít. Ez nem igaz. Az exceptto pacti de non petendo, az exceptio rei iudicatae nem érvényesít igényt, ellenjogot, és mégis exceptio, ma nem igényérvényesítő, hanem igénytagadó kifogás. (Aztán még ma is nem minden igényérvényesitő kifogás érvényesít ellenjogot, pl. az exceptio doli specialis, az exceptio quod metus causa igényérvényesítő kifogások, mert a biró csak alperes kérelmére veszi őket figyelembe, de azért alperes nem emel bennük ellenjogot.) A római exceptio, mint olyan, ma külön osztályt nem alkot, az' igénytagadó és igényérvényesítő kifogások mellett külön, a római exceptionak megfelelő védekezés nincsen. Sőt a római terminologiából a mai védekezés anyagi tartalmára sem lehet következtetést vonni, oly osztály, a melynek fogalmi tartalma a római exceptiokra teljesen illik, nincs. A római exceptiok egy része ma igénytagadó, másik része igényérvényesítő kifogás. Viszont meg a mai igénytagadó kifogások egy része exceptio volt, másik része nem. T. i. azok azok az igénytagadó kifogások nem voltak exceptiok, melyek ipso iure a ius civilenel fogva hatottak pl. a solutio stb., a melyeket tehát elég volt az actio in ius conceptánál a biró előtt felhozni, vagyis a melyek alapján felperesnek az intentioban állított jogát alperes közönségesen tagadhatta. Hogy mely más igénytagadó kifogások voltak exceptiok, és melyek hatottak ipso iure, erre elvi választ adni, e két csoport közt elvi válaszfalat felállítani nem lehet, annak csak történeti magyarázata van. A ius civile által is már elismert tények ipso iure hatottak, ellenben azok, a melyeket csak a ius praetorium ismert el, excipiendo, exceptio formájában voltak felhozandók és felhozhatók. A mai kifogás tehát tágabb fogalom, mint a római exceptio, mert magába foglalja azokat az igénytagadó kifogásokat is, melyek az actiones in ius conceptaenél már ipso iure, s nem excipiendo hatottak. Másrészt azonban a mai igénytagadó kifogások, melyek Rómában sem hatottak ipso iure, hanem csak excipiendo, Rómában nem voltak hivatalból figyelembe veendők, hanem csak alperes kivánságára. Nem úgy ma, mikor ezek alperes javára szolgálnak, ha nem is hivatkozik rájuk, hanem pl. felperes említi őket keresetében. Az igénytagadó kifogások esetében, a melyek ma akkor is hatnak, a mikor a felperes hozza fel őket, a melyek tehát ekkor is felperes keresetének visszautasítását eredményezik, felperesnek voltaképen nincs igénye, Savigny szerint azonban an und für sich, magában véve van igénye. Ennek az an und für sichnek kritikáját már a relativ semmiségnél adtuk.

A római jognak igen érdekes alakulata az *exceptio doli gene-*

ralis (*sive praesentis*). Ennek alakja a formulában: si in ea re nihil doli mali factum sit, *neque fiat*. Biró vizsgáld meg, vajjon felperes e kereset megindítása által nem helyezi-e magát ellentétbe a jog intentiojával, nem él-e vissza a jog formáival az anyagi igazság rovására? Elasticus fogalma okozta, hogy sűrűn alkalmazták, mint az igazság ventiljét. Voltakép minden exceptio esetén, ha a benne foglalt állítás igaznak bizonyult, felperes dolum malum fecit, visszaélt a jog formáival, az igazság róvására perelt, hiszen tudhatta, hogy nincs igénye, és igy voltakép minden exceptio exceptio doli mali generalis. Innen van a generalis név is. A praesentis név pedig onnan ered, mert míg az exceptio doli mali specialis (vagy praeteriti) esetén felperesnek valamely, a keresetmegindítás előtti dolusára hivalkozik alperes, addig az exceptio doli generalis esetén most, a keresetindítással magával követi el felperes a dolust. Perel, bár tudja, hogy anyagilag nincs igaza. Ez az exceptio tehát akkor fordúl felperes ellen, ha chicaneból, frivol módon perel, ha visszaél a törvény betüjével annak szelleme rovására, a jog szövegével a tartalom, az intentio ellenére. Pl. csak alperes boszantására perel, a nélkül, hogy valami érdeke volna. Kedvelt vitakérdés, vajjon megvan-e még ma is anyagilag — perjogilag persze nincs — ez az exceptio doli generalis? Annyi bizonyos, hogy gyakran szükség van rá, s ezért a francia és angol iurisprudentia és praxis el is fogadta, és minden igazságos érzékű embernek el is kell fogadnia. Ajánlátos tehát de lege ferenda, hogy mint igénytagadó kifogás ma is érvényesüljön, a biró hivatalból vegye tekintetbe, ha alperes nem is hivatkozik rá.

Az exceptiók fajai. Exceptio dilatoria sive temporalis, és exceptio peremptoria sive perpetua, a szerint, a mint a kifogás bármikor volna felperes ellen felhozható, vagy csak most, ebben perben. Pl. a hitelező pactum de non petendo in certum tempussal elengedte adósának az adósságot, de csak bizonyos időre, megigérte, hogy bizonyos ideig nem fogja követelni. Ha most ez alatt az idő alatt mégis beperli, adós exceptio pacti de non petendo in certum tempussal védekezhetik. Ez exceptio dilatoria, mert csak ez alatt az idő alatt emelhető, ha azonban felperes várt volna keresetével az engedélyezett idő leteltéig, nem lett volna emelhető. A régi római jogban a követelés az egyszeri keresetindítással consumálva lévén, a ne bis de eadem re sit actio elvénél fogva felperes az exceptio dilatoriával szemben is egyszer s mindenkorra vesztette el követelését, bár ha később perelt volna, megnyerte volna perét. Mert már egyszer perbe vitte követelését, keresetet ujból nem indíthatott, bár csak exceptio dilatoria alapján utasították vissza. Csak Iustinianus alatt lesznek az exceptiones dilatoriae igazán halasztó kifogásokká, csak jelen esetre szóló visszautasítások, a kifogás alapjául szolgáló akadály megszüntével pedig a per ujra indítható. Az exceptio dilatoria esetén felperes igényét tagadja alperes, nem jogát,

elismeri, hogy felperesnek van joga, de még most igénye nincs, csak később lehet. — *Exceptio rei cohaerens exceptio personae cohaerens*, a szerint a mint az exceptio a jogviszonyhoz obiective vagy csak alpereshez subiective tapad-e. Exceptio rei cohaerens az, melyet a jogviszonyból nemcsak ez az alperes, hanem bárki emelhetett volna felperes ellen, míg az exceptio personae cohaerenst csak egy bizonyos, vagy egyes bizonyos emberek emelhetik. — Más az *exceptio in rem* és *exceptio in personam*. Ez a felosztás nem az exceptio emelésére jogosultak, hanem a másik oldalon levők számán alapúl. Az az exceptio, melyet csak ez ellen az egy felperes ellen lehet felhozni, az exceptio in personam, ellenben exceptio in rem oly kifogás, melyet bármely ez alapon ellenem perelő ellen felhozhatok. Az exceptio in remre példa: exceptio pignoris, ususfructus stb. igénytagadó kifogások, a mennyiben alperes, dologi joga lévén, felperes ellen jogsértést nem követett el, és így annak igénye sincsen. Exceptio in personam kötelmi jogon alapul, pl. exceptio rei locatae. Míg tehát az exceptio rei és personae cohaerens arra ad feleletet, hogy ki emelheti a kifogást, addig az exceptio in rem és in personam azt mutatja, hogy ki ellen emelhető. — Történeti alapú az exceptiok felosztása *exceptiones honorariae és civilesre*. Exceptio civilis pl. az exceptio senatusconsulti Macedoniani, senatusconsulti Velleiani, legis Cinciae.

Alperes ezen exceptiója, ma kifogása ellen felperes megint *replicatio*val, ez ellen alperes duplicatióval s. i. t. védekezhetett.

Függelék: Az actiok részletes felosztását l. Kajuch 123—132 old. és részben következő §-unkban. Itt még csak az actiokat és exceptiokat megszüntető okokat kivánjuk röviden előadni. Az actio megszünik vagy az egyik fél halála által, (de csak bizonyos actiok szünnek így meg), vagy *elévülés* által, vagy a *concursus actionum* (keresettalálkozás) által. Az elévülésről alább lesz szó, ezt itt tehát mellőzzük. Concursus actionum (kereset-concurrentia) származik, ha ugyanaz az anyagi jog teljesen vagy részben több keresettel érvényesíthető. Alanyi (subiectiv) a keresettalálkozás, ha ugyanaz az a kereset több személyt illet. tárgyi vagy obiectiv akkor, ha egy személy ellen több kereset indítható. Vagylagos, alternativ a keresettalálkozás, ha a felperes a több kereset közül úgy választhat, hogy az egyik kereset megindításával a másikat elveszti, még ha igénye nem is talált kielégítésre. Pl. a vevő rejtett hibával biró árú vételekor választhat a vétel megsemmisítésére irányuló actio redhibitoria és a vételár csökkentését czélzó actio quanti minoris közt. Ha azonban egyiket már választotta. akkor a másiktól elesik, még ha a választottal nem is ért czélt. Ez nem igazi concursus actionum, mert az igazi concursus actionumnál felperes mindaddig nem veszti el a maga egy czélra szolgáló kereseteit, mig az egyikkel teljesen czélt nem ért. Ha persze egyikkel már czélhoz jutott, akkor nem indíthatja meg az e czélra szolgáló másik keresetet. Ha actio de-

positi directával a maga letett dolgát már visszakapta, nem indíthatja ugyanerre a czélra a rei vindicatiot, a melylyel mint tulajdonos kéri a maga dolgát. Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. Ez a szabály az u. n. cumulativ keresettalálkozásnál. Beszélnek végül successiv keresettalálkozásról, ha t. i. az egyik kereset megindítása a másiknak előkészítésére szolgál, pl. az actio ad exhibendum a rei vindicationak.

Keresetet mindenki akkor indít, mikor neki tetszik. Nemo invitus agere cogatur. Ez alól a római jog két kivételt ismert. Ha valaki mások előtt azzal dicsekedett, hogy perelhető követelései vannak, akkor u. n. provocatio ex lege diffamari alapján arra volt kényszeríthető, hogy bizonyos időn belül keresetét megindítsa, különben elvesztette igényét. A második kivétel pedig az volt, hogy ha valaki attól tartott, hogy az őt valaki ellen megillető exceptiók el fognak enyészni, ha az illető keresetét egy ideig még nem indítja meg, akkor az u. n. provocatio ex lege si contendat-tal ellenfelét a kereset megindítására kényszeríthette.

Az exceptiok megszünnek: 1. az egyik fél halálával, ezzel csak exceptiones in personam és personae cohaerentes szünnek meg; 2. a velök való nem élés, illetve késői emelés által, pl. csak in iudicio jutnak alperes eszébe; 3. az alapjául szolgáló causa megszünte által pl. a pactum de non petendo in certum tempusban megjelölt idő elmultával megszünik az exceptio pacti de non petendo in certum tempus; 4. a törvény rendeleténél fogva; pl. a ker. törv. 6 hónapi időt ad a vevőnek arra, hogy az árú hibás voltát az eladónak rögtön annak észrevétele után tudtul adja, különben minden kifogását elveszti felperes keresetével szemben.

40. A római per vázlata.

A perjog két részre oszlik: anyagi és alaki perjogra. Az anyagi perjog a magánjogokat tárgyalja úgy, a mint azok a bírói eljárásban jelentkeznek, a subjectiv jogok felvértezve, a harczba vitt alanyi jogok. Adja tehát az igények tanát, a pernek magánjogi hatásait stb. Helyesebben igényjognak volna nevezhető. A perjognak ez a része alkateleme a magánjognak, a pandektajognak, és azért ott tárgyalandó. Nem része ellenben a magánjognak maga a peres eljárás, a processus, a pernél követendő formalitások tana, az úgynevezett perrend. Ez a közjognak egyik ága, és épen ezért nem is tárgyalandó a magánjogban, a mint hogy a pandektajogok nem is térnek ki rá. Az institutiók azonban a régi római jogból nemcsak a magánjogot, hanem a közjognak a magánjogra leginkább kiható részét is tárgyalván, az alaki perjogot is előadják. Ezért röviden mi is rátérünk.

A római per már abból a szempontból is érdekes, mert a római maganjog a maga páratlan kifejlődését épen a pernek saját-

actio: igény, kereset és magánjog.

szerű alakulatánál fogva nyerte. A pernek összefüggése a magánjoggal a római jogban annyira megy, hogy az alanyi jogot az actioval, a keresettel azonosnak vették, úgy hogy pl. a helyett, hogy azt mondták volna, hogy tulajdonjogom van, azt mondták; nekem rei vindicatiom van. Ennek oka egyrészt a dolog természetében rejlik, másrészt a római perrendből folyik. Az én subiectiv jogom annyit ér, a mennyire azt megsértése esetén védeni tudom, innen az összetévesztése a jognak és igénynek. Az igényt pedig a keresetlevélben a biró előtt emelt panaszban érvényesítjük, igen közel fekszik tehát az igény és kereset fogalmainak egymással való helyettesítése, a mint hogy a római jogban az igénynek és a keresetnek tényleg egy is a neve: actio. Igy válik a practicus szóhasználatban tulajdonjog, tulajdoni igény és tulajdoni kereset (rei vindicatio) egy fogalommá, és igy értjük rei vindicatio alatt nemcsak a keresetet, hanem a tulajdoni igényt, sőt a tulajdonjogot is. Elméletileg persze e három fogalmat széjjel kell választanunk, hiszen jogom van még annak megsértése előtt is, tehát jogom van a nélkül, hogy igényem és keresetem volna. Hogy e három fogalmat összecseréljük, annak magyarázata másrészt a római eljárásban feküdt. A kinek jogát megsértették, az elment a praetorhoz, hogy panaszát, keresetét ott előadja. A praetornak pedig a különböző jogok megsértésének megfelelő kereset-blankettái, formulái voltak, a melyeket panaszosnak, felperesnek átadott, hogy azzal a formulával a biróhoz menjen, aki majd itéletet fog azok alapján hozni. A felperes, a panaszos már most, mikor a praetor előtt megjelent, nem adta elő per longum et latum, hogy mily jogát sértette meg alperes, hanem röviden kérte a megsértett jognak megfelelő formulát. A kinek a tulajdonát sértették meg, az a rei vindicatiot kérte és kapta. Ily módon aztán a jogot a neki megfelelő kereset nevével helyettesítették. Ez annyira megy, hogy pl. a digesták nem is beszélnek depositumról, commodatumról, mandatumról stb. hanem e kötelmi jogok helyett a nekik megfelelő kereseteket teszik. Az ezen jogintézményekről szóló titulusok czimei e szerint nem de deposito stb., hanem depositi vel contra (t. i. actio) stb. A jog, igény és kereset ilyetén összeforradása okozza aztán azt, hogy az igényeket ép úgy osztályozzuk, mint a jogokat. Igy beszélünk az absolut és relativ jogok mintájára actio in rem és in personamról, dologi és kötelmi igényről. Látszólag ez contradictio in adiecto. Igényem nem lehet absolut, hisz igényem csak jogom megsértőjével szemben van, az igény tehát mindig csak egy vagy több bizonyos személylyel szemben, téhát mindig in personam áll fenn. Ez igaz, csakhogy nem is ezt értjük kötelmi és dologi igény alatt, hogy igény egyesekkel és igény mindenkivel szemben, hanem értjük kötelmi igény alatt a kötelmi jogból, dologi igény alatt a dologi jogból származó igényt. A rómaiaknál a fejlődés menete fordított. Nem a jog osztályait appli-

cálják az igényre, a keresetekre, hanem a keresetek, igények felosztását viszik át a jogokra, innen van, hogy pl. nem is beszélnek iura in rem és in personamról, hanem csak actiones in rem és in personamról. A római jogok történetében, tehát a jogok dynamikus állapotában fejlődésében épen a fordított irányt észlelhetjük, mint a jogok dogmaticus, staticus, már kifejlődött állapotában. Dogmatice a jogból fejlődik annak megsértése folytán az igény, a kereset; hogy keresetem legyen, szükséges, hogy előbb jogom lett legyen. Hogy tehát új kereset létesülhessen, szükséges, hogy vagy a törvény, vagy a szokás előbb uj jogot létesitett legyen. Kereset előző jog nélkül nem képzelhető. Fordítva a római jogfejlődésben. Ott kiindulva a praetor ius facere non potest elvből, az új életviszonyok nem nyerhettek a praetor által jogi szabályozást. Jogot a praetor nem alkothatott, de igenis alkothatott kereseteket, és az új életviszonyok szabályozására ő ezt nagy mértékben gyakorolta. Igy adott ő kereseteket olyanoknak, kiknek a ius civile szerint nem is volt alanyi joguk, és ennek megfelelőleg gyakran meg megtagadta a keresetet olyanoktól, a kiknek ius civile szerint volt subiectiv joguk. Voltak tehát keresetek a nélkül, hogy nekik megfelelő jogok is léteztek volna. Csak az idők folyamán, mikor a ius gentium áthatol a ius civilébe, ismerik el az ezen kereseteknek megfelelő jogokat is. Ekképen a keresetekből fejlődtek jogok, nem a jogokból a keresetek. Ez szolgál magyarázatául annak a jelenségnek, hogy a praetor hatalma a jog és a jogfejlődés terén oly óriási volt.

Annyi actio, igény és kereset van, a hány alanyi jog, minden alanyi jognak megfelel igény és kereset. Ezek az igények, keresetek az anyagi perjog körébe tartoznak, itt is tárgyalhatók. Igy teszi ezt pl. Iustinianus is az ő institutioiban. A legtöbb iró azonban, és a mi kézikönyveink is, az igényeket és kereseteket az egyes alanyi jogok mellett tárgyalják, ezért mi is igy teszünk és beszélünk a rei vindicatioról a tulajdonjogban, az actio confessoriáról a szolgalmaknál stb.

A régi római per, úgy mint minden más régi ügylet, formalis, alaki volt, még pedig különféle formalisticus actusokból alakult. Egy caracteristicuma azonban megmarad a római processusnak mindvégig, mig csak római perről beszélhetünk, és ez az, hogy egy caesura kettéválasztja az egész eljárást. A római per két részre szakad: *in iure* és *in iudicio* eljárásra. Az in iure eljárás a praetor előtt ment végbe, és az ú. n. *litis contestatioval* végződött. Czélja az eljárás ezen részének annak megállapítása volt, hogy a felek közt van-e egyáltalában per, pervita, (ha alperes a pernek ezen stadiumában vall, confessio in iure, akkor nincs vita, nincs per), s ha van vita, miről foly az, mi a felperes és mi az alperes jogállása. Itt tehát az ügy tisztázása a czél, a per instruálása, constituálása a feladat. A vitakérdés tisztázása után nincs más hátra, mint annak vizsgálata, vajjon a fel- és alperes által felhozott jogok

és tények valók-e, és hátra van az ennek alapján való döntés, az itélet. Ezt a vizsgálatot és itéletet azonban a praetor már nem végzi személyesen, hanem átengedi laikus, választott birónak. Ez persze nem járhatott el önállóan, hanem a praetor imperiuma alatt állván, annak az utasításához kellett ragaszkodnia. A praetor pedig őt akkép utasitotta, hogy hypothetice, feltételesen már maga döntötte el a pert, utasitásában azt mondván: „ha igaz, illetve nem igaz az, mit fel- és alperes állit, akkor igy és igy itélj." Úgy hogy a biró csak azt vizsgálta, igaz-e az, a mit a felek állitottak, és a szerint, a mint igaz volt vagy nem volt igaz, a praetor által már feltételesen hozott itéletet cathegorice mondotta ki. Az in iure eljárásban tehát meg volt állapitandó először, hogy minek alapján követel felperes, másodszor, minek alapján tagad alperes, és harmadszor a hipotheticus itélet, hogy a megejtett vizsgálat után vagy felperes utasitandó el, vagy alperes marasztalandó el. A helyet, a melyen a pernek ez a stadiuma lefolyt, a hol a praetor a ő működését végezte, a ius volt, innen az eljárás ezen részének neve: in iure eljárás. Mikor ez az eljárás befejeztetett, akkor felperes felszólitotta a jelenlevőket: testes estote, legyetek tanúim a biró előtt arra nézve, hogy mi történt a praetor előtt, hogy hogyan mondta ki hypothetice az itéletet a praetor. Innen ez actusnak neve litis contestatio. Ez az a caesura, mely a római pert két részre osztotta. A litis contestatióval meg van határozva, mi a per tárgya, és azért, ha felperes rosszul követelt vagy elfelejtett valamit követelni in iure, a litis contestatio előtt. már utána az in iudicio eljárásban nem tehette jóvá hibáját. A biró előtt új igényeket nem lehet felhozni, az ő feladata csak az, hogy meggyőződjék arról, vajjon a praetor előtt felhozott igények fennállanak-e vagy sem. Ezek a birák nem voltak hivatalnokok, hanem laikusok, esküdtek. Egy perben egyszerre rendesen csak egy biró működött, de bizonyos ügyeknél több is lehetett (unus index, tres arbitri, recuperatores stb.) A biró előtt lefolyt eljárás az in iudicio eljárás, mely valószinüleg már a legrégibb időben is teljesen formátlan volt, azaz nem volt formalitásokhoz kötve.

A római per fejlődése három korszakra osztható. A legrégibb per, a mely a voltaképi nemzeti római jognak, a ius civilenek felel meg, tehát a voltaképi nemzeti per a *legis actio*-nalis per. A peres eljárás második korszaka a köztársaság vége felé a lex Aebutiaval kezdődik, neve *formularis* per. Ez eltart Diocletionusig a kr. u. III. század végeig. Ez a per megfelel a korabeli anyagi jognak, a mely e korban a praetor hatása alatt a ius civilenek átalakulását ius gentiummá mutatja. E per a praetor peregrinus tribunálján fejlődött, innen jutott a praetor urbanushoz. Ez oly peres forma, mely a régi ius civile szerinti legis actionalis eljárást az idegen jogok szerinti eljárás befolyása alatt átalakította. Tehát mixtum compositum ius civile és ius gentium közt. A harmadik korszak pere az *extraordinaria cognitio*, mely a keresztény csá-

szárok alatt fejlődik. Fontossága az, hogy benne az in iure és in iudicio közti caesura, mely a római pert jellemezte, elesik. Itt már a per nagyjában a mai eljáráshoz hasonlít. A caesura elestével elesik a pernek praeperatíója a magistratus által, és az egész per, úgy mint ma, elejétől végig a biró előtt foly. Ez a harmadik performa a római magánjog tanulmányozása szempontjából kevésbé tanulságos.

Az első korszak a **legis actiok** korszaka. Ez Iustinianus korában már csak jogtörténeti reminiscentia, ezért keveset is tudunk róla. Iustinianus institutioiban már nincs is említés legis actiókról, csak Gaiusból tudjuk azt a keveset, a mit rólok tudunk. Gaius előadása is azonban hézagos, mert már a classicus időben megszünt a régi eljárás, és Gaius korában már a formularis per uralkodik. A legis actiokról azért röviden a következőket:

Azok az actiok, melyeket a régi ius civile adott, csak bizonyos modus lege agendivel voltak érvényesíthetők. A performa nem volt alaktalan, hanem gestusokban és szavakban stricte elő volt irva a törvény, és gyakorlat által. Ha valaki actiot akart érvényesíteni, kezdettől végig elő volt neki irva, hol, mikor, milyen szavakkal kell ezt a biróság előtt érvényesítenie. Egy szó elvetése pervesztessé tette a perlőt. Gaius öt eljárási formát emlit: modus quinque lege agendi: *legis actio sacramento*, *legis actio per iudicis seu arbitri postulationem*, *legis actio per condictionem*, *legis actio per pignoris capionem* és *legis actio per manus iniectionem*. Ezen öt forma egyikébe kellett minden actiot öltöztetni, a mire strict szabályok voltak, a melyeket a pontifex, később a praetor igen jól tudott. Ezek közül a legis actio generalis a legfontosabb, t. i. az a legis actio, melyet használni lehet vagy kell, hacsak a szabályok kifejezetten más legis actio használatát nem rendelték el. Ez a *legis actio sacramento*. Ennél az eljárás abban állt, hogy ha A és B közt pervita támadt, akkor elmentek ketten a magistratushoz (eleinte a pontifexhez), de nem azzal a kérelemmel, hogy ő döntsön, mondja meg, kinek van igaza, hanem a két fél előbb letett egy bizonyos összeget, sacramentumot: 50, illetve 500 ast a pertárgy nagyságához képest, és erre az összegre fogadtak, bizonyos előirt szavakkal: cuius sacramentum iustum és cuius sacramentum iniustum sit, a biró pedig csak azt döntötte el, ki nyerte meg a fogadást. A ki a fogadást elvesztette, elvesztette a letétbe helyezett összeget, és a pert is. Ez a fogadási összeg az egyház javára esett, talán innen a sacramentum név, később már az állam kapta. Ha tehát például arról volt szó, hogy A tartozik-e tűrni, hogy B az ő telkén átjárjon, mert B azt állította, hogy neki az A telkén szolgalma van, vagyis a szolgalom kérdésében nem tudtak megegyezni, akkor elmentek a biróhoz. (Biró alatt tágabban a praetort is értjük.) A per tárgya azonban nem az volt, hogy van-e B-nek szolgalma, vagy nincs, hanem az, hogy A nyerte-e meg a

fogadási összeget, vagy B? A szolgalom kérdését csak közvetve a fogadási kérdés eldöntésével döntötte el a biró. Ez azért volt így, mert a régi korban az állam nem tartotta feladatának igazságot szolgáltatni a felek közt, és ez magyarázza azt is, hogy a birák nem állami közegek, hanem választott laikusok voltak. Az már sokkal későbbi fejlemény, hogy az ítéletmondást állami feladatnak fogták fel.

Maga az eljárás, mely a legis actio sacramentonál a magistratus előtt, tehát in iure végbement, Gaiusnál szóról szóra közölve van. Ha pl. A tulajdojoga alapján vindicalt, akkor elmentek mind a ketten a praetorhoz, hol B, az alperes felperes vindicatiojával szemben: hanc ego rem meam esse aio ex iure Quiritium, szintén azt állította, hogy a dolog az ő tulajdona, azaz contravindicalt. Ha ezt nem tette, már kezdetben elvesztette a pert. Mikor felperes igényét előadta, festucat, vindictat, pálczát tartott a kezében, és rámutatott vele a vita alapjául szolgáló dologra. E formaságok befejeztével felhivták a jelenlevőket a biró előtti tanuságtételre: testes estote. Ezzel az ú. n. litis contestatioval a per tárgya fixirozva volt, és azért már a praetor átbocsátja őket a birósághoz, a hol azonban csak bizonyos idő mulva jelenhettek meg. Hogy pedig a biróság előtti megjelenést biztosítsák, erre ünnepélyes igéretett kellett tenniök. A biró előtti bizonyítás alkalmasint már ebben a korban is alaktalan, formához nem kötött volt.

Némelyek szerint ez a legis actio sacramento volt a legrégibb forma, mások szerint a *legis actio per manus iniectionem*. Erről már kevesebbet tudunk, mint a sacramento-ról. Az eljárás az volt, hogy felperes, a kinek már ítélete, vagy privilegisált, nexumból eredő követelése volt, alperest, az adóst, akár nyilt helyen is önhatalmúlag elfoghatta, hazavitte, privát fogságában tartotta, sőt ha ki nem váltották, trans Tiberim rabszolgának eladhatta, ha t. i. alperes ezt szó nélkül tűrte. Ha alperes ezt tűrni nem akarta, kifogásokat emelt, ellenkezett, akkor elmentek a praetorhoz. Itt felperes előadta a tényállást, és alperes csak a pertárgy dupplumának veszélyeztetésével védekezhetett (manus iniectio pura); vagy alperes egyáltalában nem védekezhetett, hanem elvesztette a pert, hacsak nem akadt valaki, a ki ügyét magáévá akarta tenni (manus iniectio pro iudicato). Ez volt a vindex, a ki szintén a dupplum veszélyeztetésével folytathatta csak a pert, még pedig előírt formaságok közt. Azt mondta t. i. felperesnek: aio hunc hominem liberum esse, azt állítom, hogy ez az ember nem szolgád. Ez közvetve (tehát ismét közvetett per) azt jelentette: neked nincs jogod ez ember ellen. A per most azon fordúlt meg, vajjon alperes mancipiumában van-e felperesnek, vagy sem, s ezzel közvetve dőlt el, vajjon tartozik-e alperes felperesnek, vagy sem. Itt is a per instrualása in iure foly, az itélet, a sententia pedig in iudicio hozatik. Megjegyzendő azonban még egyszer, hogy ez a per csak

akkor volt alkalmazható, ha felperesnek erős bizonyítékai voltak, tehát vagy itélet volt már ez ügyben (manus iniectio iudicati), vagy alperes már egyszer in iure bevallotta, hogy felperesnek igaza van, vagy bizonyos, erősebb, szigorúbb kikötés mellett (damnas esto szóval) kötött ügyletből (nexum) volt felperesnek követelése.

A többi legis actioról alig tudunk valamit. Különben is practicus fontosságuk nagyon korán megszünt.

41. §. A római per vázlata (fotytatás).

A köztársaság vége felé fejlődik a **formularis per.** Eddig a litis contestatio ünnepélyes eljárás volt, melyben maga a két fél constatálja tanuk jelenlétében, hogy mi volt az ő álláspontja a praetor előtt. Ha ebben a litis contestatioban a peres fél csak egy betüt vétett is el, pervesztessé lett. A per fixirorozás veszélyét tehát a két fél viselte, nehézségét is a két fél érezte. A formularis perben a per fixirozása már nem a két fél által történik, hanem maga a magistratus, a praetor végzi. S mig eddig a felek szóbelileg fixirozták a pert, addig a praetor irásban tette ezt, és ezt az irást kiadta felperesnek, hogy ezzel menjen a biróhoz. A praetor az in iure eljárást tehát azzal fejezi be, hogy miután az eljárásban megtudta, hogy mit allegal, mit kiván a felperes, és hogy alperes mily alapon akar védekezni, — ő ezt egy mondatban összefoglalva leirja. Ez a mondat azt tartalmazza : Ha a felperes által tamasztott igény támogatására felhozott tények igazak, akkor te biró marasztald el alperest, ellenkező esetben mentsd fel." Ezzel a pör el is volt döntve, mert a biró feladata csak az volt, hogy felperes állításainak igazságát vizsgálja. Tehát minden in iure eljárás befejezése a biró irása, a formula volt, mely így hangzott:

Titius iudex esto (vagy X, Y, Z arbitri, recuperatores sunto). Si paret (ha azt látod, hogy) Auli Aggerii (ez mindig a felperes) ilyen és ilyen ius esse; vagy más feltétel: si paret Numerium Negidium (ez az alperes) facere oportere, — (akkor index) Numerium Negidium condemna; si non paret, absolve.

Ez a formula az egész római jognak a góczpontja. A rómaiak nagyobb mesterművet nem fejlesztettek ki, mint ezt a kis mondatot. Elemezzük ezt a formulát. Nyelvtanilag a formula összetett mondat, melyben a főmondat: condemna, illetve absolve. Ez a főmondat bővítve van egy feltételes mellékmondattal, a mely magában foglalja felperes igényét, jogállítását. Ennek a feltételes mondatban foglalt jogállításnak kell a biró előtt bebizonyulnia. A formulának ez az első fele, ez a feltétel, *az intentio*, a másik fele, a praetor parancsa a biróhoz, azaz a főmondat: *a condemnatio*. Az intentio azonban nem szól mindig úgy, hogy felperes jogállítását tartalmazza, nem mondja pl. „ha te biró azt látnád, hogy a ló a

felperes tulajdona, akkor stb.", hanem gyakran máskép szól: „ha te biró azt látnád, hogy igaz az, hogy felperes ezt a lovat X-től megvette és tőle traditio útján szerezte, akkor stb." Ez utóbbi esetben felperes nem jogra, hanem egy tényalapra hivatkozik, az intentio nem jog, hanem tényállítást tartalmaz. Voltaképen a kettő csak egy, mert ha valaki valamit megvett és traditio útján átvett, akkor az az ő tulajdona. Mégis a jogállítás esetén jobban áll a felperes. Mert ha tulajdonára hivatkozik, tekintetbe jönnek az összes tulajdonszerzési tények és bármelyiket bizonyíthatja, ellenben ha a vételre és átadásra hivatkozik, csakis ez jön tekintetbe a biró előtt. A szerint, a mint az intentio tény vagy jogállítást tartalmaz, ered a formulák, és igy az actiok osztályozása két csoportra: *actiones in ius conceptae* és *actiones in factum conceptae*. Első esetben a condemnatio jogtól, a másodikban ténytől van feltételezve. (A mai kereseteket, bár formulák ma már nincsenek, mi in factum szoktuk formulázni, de lehetnek ma is in ius keresetek is.) Praetor ius facere non potest, a jogot csak a lex és a consuetudo adja. Ha a praetor in ius intentio alapján akart condemnáltatni, csak oly jogra való hivatkozást fogadhatott el, melyet a ius civile elismert. Ha azonban felperes nem ily jogra akar hivatkozni, akkor a praetor csak in factum actiot adhat. A ius civilebeli jog védelmére adhat tehát úgy in ius, mint in factum actiot. Az actio in ius tehát *actio civilis*, az actio in factum lehet *actio civilis és honoraria*.

Ez alól vannak kivételek: az *actiones utiles*. A praetor nem szivesen hozott be egészen új formulákat, ő reformálta és gyökeréből felforgatta az egész római jogot, de nem tette nyilvánosan, dobszóval, hanem lassan és csendesen. A mennyire lehetett megtartotta a maga civilis actióit, melyeknek formuláit blankettszerűen készen tartotta. Előfordult azonban, hogy valaki oly igényt támasztott, mely nem egészen quadrált az actio civilissel. Pl. jött a felperes, és azt mondta: ez a dolog az enyém, mert megvettem, és át is vettem, adja ki tehát nékem az alperes, a kinél ez a dolog most van, erre a czélra pedig kérem a rei vindicatio nevű formulat, mely úgy szól: Si paret rem Auli Aggerii esse stb. Ezzel felperes vesztett volna, mert a meg- és átvevés nem civilis jogszerző tény. Azért a praetor ezt a rei vindicatio formulát modernisálta, utilisálta, kissé változtatott rajta. Kérdi a felperestől: mikor vetted ezt a rabszolgát? feleli pl.: tiz hónapja. (Ha 12 hónapja birtokolta volna, akkor elbirtokolta volna, a mi civiljogi jogszerző tény, melynek alapján a rei vindicatio megilletné). Erre a praetor a formulat így állítja ki: Te biró, ha te arra az esetre, ha ezt a dolgot a felperes már 12 hónapja bírná, úgy látnád, hogy ez a felperest illeti, akkor a jelen esetben is marasztald el az alperest ennek a dolognak a kiadásában (Publiciana actio). A praetor tehát nem ad ilyenkor új keresetet, formulát, csak közbe szúr egy módosító mondatot, melyben fictióval él: tekintse a biró az egyik tényállást olyannak, mintha

a másik történt volna meg. Ez az actio utilis, az eredeti ius civilebeli actio (ú. n. *actio directa*) alapján és abból készült actio actio honoraria, hisz ius honorarumbeli tulajdonszerző tény védelmére szolgál, és mégis in ius van concipiálva, in ius concepta actio mintájára készült. Az actio utilis persze lehet in factum is, ha in factum directa actio utilizálása. (Kajuch ezzel eltérően adja elő az actiok tanát. Szerinte az in factum actio összeesik a honoraria actioval, ezzel szemben minden actio civilis actio in ius concepta. Ennek megfelelően az actio utilis (és annak fentebb említett faja: actio *fictitia* is) szerinte mindig actio in factum).

A formula második része a condemnatio. A birónak abban kell marasztalnia, a mit neki a praetor a condemnatióban meghagy. A praetor pedig vagy bizonyos összegben való elmarasztalást rendelhet, vagy beszélhet úgy is, hogy „te biró, marasztald el alperest annyiban, a mennyiben ezt az embert az eset körülményeihez képest el kell marasztalnod." Tehát kétféle condemantio van: *condemnatio certi,* hol meg van határozva, hogy quid, quale quantum tekintetében miben marasztaljon el a biró, és *incerti*, a hol nincs meghatározva. És ehhez képest van *actio certi és incerti.* A condemnationak incerta volta már az intentioban nyer kifejezést. Ilyenkor a formula így szól: Minthogy felperes és alperes közt depositum jött létre, mint a miről meg fogsz győződni, hogy alperes tényleg tartozik-e ez alapon, quidquid ob eam rem Numerium Negidium praestare oportere ex bona fide, in tantum condemna. Ilyenkor tehát az intentio nem kezdődik ezzel a szóval, hogy si paret, hanem azzal, hogy quidquid. A *stricti iuris actio*, a régi ius civilebeli actio csak certumra megy. Az incerta actio a későbbi jog fejleménye, a bonae fidei negotiumokból fejlődik, innen neve is *bonae fidei actio*. Ezek a bonae fidei negotiumok olyan ügyletek, a melyeknél a felek nem kezdettől fogva kötik ki, hogy az egyik a másiknak mivel, mennyivel fog tartozni, mint ez történik a stipulationál (verbalis obligationál), mutuumnál (kölcsönnél), vagy ma a váltónál. A bonae fidei negotiumnál az ügylet megkötésénél nem lehet tudni, hogy a felek mivel, mennyivel fognak egymásnak tartozni. Elismertetik ugyanis a bonae fidei negotiummal egy csomó körülmény pl. késedelem, culpa, commodum stb., melyek a szolgáltatás tárgyára mind módositólag hatnak. Mivel fog tehát alperes felperesnek tartozni, azt a praetor előre nem tudhatja, és azért átengedi a birónak ennek megbecsülését. Hozzáteszi azonban a formulában, hogy a birónak *ex bona fide* kell ezt megbecsülnie, nem kényekedve szerint (*clausula bonae fidei*). Minden bonae fidei negotiumból eredő actio actio incerta. (Épen azért, mert a praetor a bonae fidei actioknál a per eldöntését a biróra bizza, a bona fidessel nem tartották megegyeztethetőnek, hogy alperes a maga exceptioit csak a praetor előtt hozhassa fel. Innen az a szabály, hogy ilyen perekben alperes a maga exceptióit a biró előtt is érvényesítheti. Hogy

azonban az az elv, hogy excipiálni a praetor előtt kell, ez által meg ne czáfoltassék, a rómaiak azzal a fictióval éltek, hogy alperes a maga exceptioit már a praetor előtt hallgatólagosan érvényesítette: Exceptio doli bonae fidei indiciis tacite inest.)

Az incerti actionál az intentio ezzel a szóval kezdődik: quidquid (bármivel tartozik alperes a méltányosság szerint, annyira marasztald el). Ilyenkor az intentioban nincsen megnevezve a jog vagy tényalap, hogy mi alapon is tartozik alperes. Ezért az intentiot meg kell előznie a formulában egy mellékmondatnak, mely a jog vagy tényállítást tartalmazza. Ez a *demonstratio*, a melynek tehát csak incerti actioban van helye.

A római perre jellemző, hogy az csak pénzbeli marasztalást ismert: *Omnis condemnatio debet esse pecuniaria*. Ha felperes dolgot követelt, a biró nem a dolog szolgáltatásában marasztalta el alperest, hanem a dolog értékében, és ha alperes ezt az összeget megfizette, akkor a dolog ius civile szerint már az övé. E szerint minden római per kisajátitási per, expropriatio, de nem a felperes, hanem alperes javára. Ez felperesnek sokszor kellemetlen. Ő nem akar pénzt, ő minden áron a dolgot akarja. Ennek elérésére is ad a római per módot, melylyel tehát felperes naturalis szolgáltatást kaphat. Felperes, hogy ezt elérje, a praetortól oly formulát kér, melyben a praetor a iudexnek meghagyja, hogy a condemnatio előtt *arbitratust*, közbenszóló birói végzést, bocsásson ki, melyben elrendeli, hogy alperes in natura adja ki a dolgot. Csak ha ennek az arbitratusnak nem tesz eleget alperes, marasztalja el őt a biró az elvnek megfelelően pénzben ugyan, de nem a dolog igazi értékében, hanem oly összegben, melyre felperes megesküszik, hogy ennyiért nem adta volna azt, hogy a dolgot megkapja (*iuramentum Zenonianum*, mely in iudicio tétetvén *iuramentum in litem*). Minthogy pedig a római felperesek ilyenkor szörnyü összegekre esküdtek, alperesek inkább kiadták magát a dolgot in natura. Arbitratus a biró által kibocsátott végzés, de arbitratusnak nevezzük a formula azon részét is, melyben a praetor megadja a birónak az engedélyt az arbitratus kibocsátására (*clausula arbitraria*). Az ilyen arbitratussal bővült formula a *formula arbitraria*, ennek megfelelőleg az actio is *actio arbitraria*. (Actio arbitraria alatt tágabb értelemben minden oly actiot értünk, melynél az in iudicio eljárás nem iudex előtt, hanem tres arbitri előtt folyt. Ilyenek voltak pl. a divisorius perek.)

Ezen kivül lehet a formulának még egy része: az *adiudicatio*. A biró rendesen csak declarálja, hogy quid iuris a felek közt, kit illet és hogy áll a vitás jog. Ha azonban többen vannak, kiké valamely dolog vagy vagyon, és ezek osztozkodnak, akkor a biró nem meglévő jogot declaral, hanem constitutiv itéletet hoz, új jogokat teremt. Az egyiknek constitual tulajdont, a másiknak szolgalmat, és természetesen esetleg condemnál is. Hogy azonban új jogokat létesítsen, szüksége van a praetor engedélyére. A formulanak

azt a részét, a melyben a praetor a birónak ezt megengedi; az adiudicatio. De adiudicatio jelenti a birónak azt a cselekvését is, hogy új jogot teremt. Adiudicatio csak az osztóperekben fordul elő, Ezek az actio communi dividundo inter condominos, actio familiae herciscundae inter coheredes, actio finium regundorum inter vicinos.

Demonstratio, intentio, condemnatio, adiudicatio a formulának rendes alkotó részei, mert minden formulában ezek közül legalább egynek elő kell fordúlnia. Vannak formulák, hol mind a négy alkotó rész előfordúl, ilyenek az osztóperek. Vannak perek, hol csak intentio van, minden egyéb hiányzik; ezek a *praeiudicialis keresetek* pl. a status perek, mikor felperes csak a pronuntiatiot kivánja, hogy ő, vagy esetleg más valaki római polgár. Olyan kereset, melyben intentio ne volna, nincsen.

A formulának lehetnek ezenkivül rendkivüli alkatrészei is: az exceptio és praescriptio.

Exceptio = kivétel. Mert kivétel van ez esetben az alól, hogy a birónak el kell marasztalnia, ha igaz az, mit felperes állít. A formula, melyben exceptio van, így szól: te biró, arra az esetre, ha az intentiot valónak találnád, marasztald el alperest, kivéve azt az esetet, ha netalán tán az alperes által felhozott körülményt is igaznak találnád. Mert ha ez utóbbi igaz, akkor ne marasztald el alperest, még ha az intentio valónak bizonyúlna is. Az exceptioban érvényesítendő ténykörülmény kivétel a formula condemnationalis részében foglalt marasztalásl parancs alól. Hogy mit lehetett excipiendo felhozni, arra más volt a válasz az in ius concepta actional, más az in factumnál. Erről azonban már részletesen szólottunk.

Praescriptio a formula elejére irt megjegyzése a praetornak, melyben azt hagyja meg a birónak, hogy mielőtt az intentio igaz voltának kutatásába bocsátkoznék, vizsgálja meg, vajjon a praescriptioban felhozott tények igazak-e. Ezek a tények vagy alperesnek szolgálnak javára: *praescriptio pro reo*, vagy felperesnek: *praescriptio pro actore.*

A formula vagy oly jog védelmére szolgált, mely mindenki ellen fordul, tehát absolut jog védelmére, akkor *actio in rem* (régebben vindicatio; si paret Auli Aggerii ius esse), vagy kötelmi jog védelmére, *actio in personam* (régebben condictio; si paret Numerium Negidium Aulo dare opportere). Actio in rem formulájában alperes neve nincs benn, in personamnál benne van. A kettő egyesül az actio divisoriában, mert ott a biró úgy dologi mint kötelmi jogokat constituálhat. A római jogban a kiinduló pont az actio in personam. Ez kötelmi jogból eredő actio, ezzel szemben minden egyéb jogból eredő actio: actio in rem. Ma fordítva van. A mi perrendünk felsorolja a dologi kereseteket, minden egyéb actio ma személyes kereset. A római in rem actio vagy *actio in rem specialis*, ha egyes dologi jog védelmére szolgál, vagy *actio in rem de universitate scilicet generalis* pl. az örökjogi keresetek. A kö-

telmi keresetek régi neve *condictio* volt. Condictio alatt stricti iuris in personam actiot értettek, mely vagy *condictio certi*, ha határozott pénzösszegre irányul (ezt a lex Silia hozta be) vagy *condictio triticaria*, ha más határozott dolog volt a per tárgya, behozta a lex Calpurnia). Ezzel szemben később kifejlődött a *condictio incerti*, a mely már nem irányul certumra, de még mindig legalább in ius van concipiálva: si paret Numerium dare, facere opportere. Ilyen condictiones incerti a condictiones sine causa (l. a kötelmi jogban). Condictio támadt stricti iuris negotiumból pl. mutuum-, stipulatioból, támadt továbbá legatumokból, jogtalan gazdagságból és oly törvényekből, melyek uj in personam actiot hoznak be, a nélkül, hogy megneveznék. Átmenet az actio in rem és in personam közt az *actio in personam in rem scripta*, pl. az actio quod metus causa, kötelmi jogból származó kereset, mely mindenki ellen megindítható.

A szerint, hogy ki indíthatta meg az actiokat, megkülönböztettek *actio popularist*, melyet, közérdek védelmére lévén rendelve, minden római polgár megindíthatott, és *actio privatat*, melyet csak a sértett fél emelhetett. A popuralis actionál a büntetési összeg, ha ezt a keresetet a ius civile alapította, az államnak jutott, ha pedig a praetor hozta be, pl. az actio sepulcri violatinál a panaszos kapta.

Az elévülési idő szerint szólunk *actio perpetua* és *temporalis*-ról.

Az actioknak egy specialis faja az *actiones vindictam spirantes*, azaz keresetek, melyek a panaszoson, felperesen elszenvedett személyes sértésért, jogtalanságáért vannak hivatva elégtételt adni. Ilyen az actio iniuriarum, actio sepulcri violati, actio de effusis et eiectis, actio in factum (eius,) qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre, actio de calumnias, querela inofficiosi testamenti, és hálátlanság esetén az ajándéknak visszadására irányuló actio. Az actiones vindictam spirantes sem a sértő, sem a sértett örököseire ki nem terjednek, de a litis contestatio után ezekre is kiterjeszthetők.

Actio simplex, hol az egyik fél felperes, a másik alperes, és a hol csak alperes marasztalható el, felperes pedig legfeljebb elutasítható. *Actio dupplex*, hol névleg ugyan az egyik felperes, a másik alperes, de mind a kettő elmarasztalható, tehát tényleg mindkettő felperes is, alperes is, pl. a divisorius perek, a legis actio sacramento, hol mindkettő tulajdonjogát, az interdictum retinendae possessionis, hol mind kettő birtokát állítja. Ezzel össze nem tévesztendő az *actio directa és contraria* felosztás, mely bizonyos kétoldalú, de nem visszterhes szerződéseknél (mandatum, depositum, commodatum, pignus) fontos. Ott a szerződés alapján való hitelező keresete actio directa (depositi stb), az adósnak ellenkeresete bizonyos költségek fejében actio contraria (depositi stb.) Ez utóbbiban az előbbi pernek alperese a felperes, de nem egy perben, nem egy actioban alperes is, felperes is, a mint az az actio dupplexnél van.

Actio famosa oly kereset, melynek következtében az elmarasztalt alperes infamiaba esett. (Persze infamia immediataba, hisz bírói ítélet alapján lett famosus, holott infamia mediata az, amit saját cselekménye, életmódja okoz). Ilyen keresetek az ú. n. contractus famosiból eredőek: actio mandati directa, pro socio, depositi directa, tutelae directa, továbbá az actio furti, rapinae, iniuriarum, doli specialis, sepulcri violati. Actio famosa helyett néha a kiméletes felperes csak condictiot indított, ha nem akarta, hogy alperes infamiaba essen.

Actiones adiectitiae qualitatis oly keresetek, melyekkel valaki a nem ő általa, hanem fia, rabszolgája, üzletvezetője, hajókormányzója által kötött ügyletekből köteleztetik. (L. kötelmi jog.)

Interdicta eredetileg parancsok voltak, melyeket a praetor adott ki egyik fél kivánságára a másik fél ellen az alapul szolgáló tényállás vizsgálata! nélkül. Ezek csak az esetben vezettek a rendes peres eljáráshoz, ha az, kihez a parancs intézve volt, ellentmondott, vagy nem engedelmeskedett. Az interdictumokat később a harmadik korszakban már actiok pótolják.

Diocletianus óta, tehát a keresztény császárok uralmától kezdve a formula is megszünik. Vele megszünt az addigi rendes eljárás: **az ordo iudiciorum privatorum**, melyet a litis contestatio két részre: in iure és in iudicio eljárásra osztott. Ezután már a per kezdettől végig a biró előtt foly le. Ennek a pernek a neve ellentétben az előbbivel **extraordinaria cognitio**, az e korban indított keresetek, melyek tehát egy bíró előtt tárgyaltattak végig, az *actiones extraordinariae*, ellentétben a kettéosztott perben tárgyalt *actiones ordinariaevel*. Az interdictumok helyébe lépő actiok pl. szintén actiones extraordinariae voltak.

De a formularis pernek csak a formái szüntek meg, nem a tartalma. A litis contestatio és ennek a pert ketté vágó hatása, a sententia és ennek hatása még a mai perben is megvan.

42. §. A per magánjogi hatásai.

A) A perindítás. Az igény természete határozza meg a pert, de a per maga is visszahat az igényre. A perbeli cselekmények következtében az igény tartalmilag megváltozik. Főleg két pertény az, melynek fontos hatása van az igényre: *a per kezdete és az itélet.* A perténynyeknek természetesen perjogi, közjogi hatásaik is vannak, ezek azonban nem tartoznak ide. A pernek magánjogi hatásai főleg annak a helyes elvnek köszönik eredetüket, mely azt kivánja, hogy per hiába ne legyen, ugyanarról a dologról két vagy több helyen ne legyen per: *bis de eadem re ne sit actio.* A perapparatust senki se vegye hiába igénybe, hanem csak akkor,

ha szükséges, az egész kérdés egy helyen, egy időben tárgyaltassék. A római jog ezt úgy érte el, hogy kimondta, hogy igényt csak egyszer lehet érvényesíteni, az actioval egy ügyben csak egyszer lehet élni, az egyszeri alkalmazás esetén consumálódik, elenyeszik. Az elv ilyetén keresztülvitelének azonban roppant hátrányai vannak. Hiánya volt e szabályozásnak egyebek közt, hogy lehetetlenné tette a perújítást, lehetetlenné tette nemcsak akkor, ha exceptio peremptoria alapján utasították vissza felperest, hanem exceptio dilatoria, halasztó exceptio esetén is. Tehát ki volt zárva a perujítás még oly esetben is, mikor alperes az igény érvényesíthetőségét csak jelen körülményekre való tekintettel tagadta, holott ha felperes a körülmények megváltoztát bevárta volna, ha pl. később perelt volna, alperest el kellett volna marasztalni. Ha egyszer felperest ily exceptio dilatoria alapján a biró keresetével visszautasította, hiába jött aztán olyankor, mikor alperes ezt az exceptiot már nem hozhatta volna fel. Egy másik hibája ennek a rendezésnek pl. az volt, hogy ha felperes nem az egész követelését érvényesítette keresetében, hanem csak egy részét, a többit, a maradékot többé nem érvényesíthette. Ha a római felperes igényét egyszer érvényesítette, az consumalódott egészen és egyszer s mindenkorra. Ha mindazonáltal újból akarta volna az egyszer már consumalt igényét érvényesíteni, alperes az *exceptio rei iudicatae,* (ha t. i. már itéletet is hoztak az első perben) *vel in iudicium deductae*-vel visszautasíthatta. *Keller* (Römischer Civilprozess) azt állítja, hogy ez két külön exceptionak tekintendő, holott alapjában csak egy. Iustinianus az exceptio rei in iudicium deductae hatását megszüntette, és kétséges vajjon nem tette-e ezt az exceptio rei indicataevel is annak negativ functiójában. Az exceptio rei indicataenek t. i. positiv és negativ functiójáról beszélnek. Negativ functiója az, hogy pergátló kifogás, t. i. útját állja az ujabb pernek csak azért, mert már az igény egyszer consumálódott, utját állja tekintet nélkül arra, vajjon a biró az ujabb per esetén ugyanazt az itéletet hozná, a melyet az első alkalommal hozott volt, vagy mást. Positiv functiója pedig az, hogy igénytagadó kifogás, megengedi ugyan az ujabb pert, de a biró az új itéletben csak ugyanazt mondhatja ki, a mit már az első itélet is tartalmazott. Positiv formájában tehát az exceptio rei iudicatae csak az előbbi itélet tartalmának, negativ functiójában a per consumaló hatásának érvényesítése. Ez utóbbi functiója az, melyet Iustinianus valószinűleg megszüntetett, bár az uralkodó nézet szerint csak a középkorban vesztette el ezt a hatását. Nem vesztette el azonban positiv functióját t. i. azt, mely abból az elvből indúl ki, hogy egyik fél sem helyezkedhetik hatályosan a már egyszer hozott itélettel ellenkező álláspontra. Iustinianus óta már nem áll az a régi elv, hogy a perbe vitt igény a perbevitel által consumálódik. Ma sem a perindításnak, a litis contestationak, sem, mint egy másik nézet tartja, a birói itéletnek

nincs meg már a régi hatása, az anyagi consumptio. Ennek helyébe egy tisztán perjogi intézmény lépett *az exceptio litis pendentis.* Mindaddig, míg az igény alapján indított egyik per függ, ugyanazon igény alapján másik pert megindítani nem lehet. Ennek az anyagi consumptiohoz semmi köze nincs, és ez nagyon practicus. Mert ha 1000 frt tartozásból csak ötszázat pereltem be, az 500 frt megitélése után a hátralékra újabb pert indíthatok, míg Iustinianus előtt ezt nem tehettem volna. Ma tehát csak exceptio litis pendentis van. Kérdés már most, mikor mondható a lis pendensnek, más szóval, mikor mondható a per megindítottnak. Erre a különböző korokban különböző a felelet.

A régi római per alapgondolata tudvalevőleg az, hogy a biró csak azért itélhet, mert a két fél aláveti magát neki. A felek mintegy szerződést kötnek a biróra nézve, iudicio contrahitur, a minek ma körülbelül a választott biróság felel meg. A per tehát akkor kezdődik, mikor a két fél a biróra nézve megegyezett, mikor a szerződés létrejött. Ez a litio contestatioval jön létre, a jelenlevőknek tanúkul való felhivásával A litis contestationak a formularis perben a formula kiadása felel meg, a per meg van tehát indítva, ha a praetor a formulát kiadja, mert ez tartalmazza a per tárgyának megjelölését. Az extraordinarius perben a per tárgya csak alperes érdemleges válaszának, elleniratának beadása által van constatálva. Hisz mielőtt alperes be nem adta a maga elleniratát; nem tudhatni, nem ismer-e be. Ha alperes beismer, nincs per, és azért formulát is csak arra vonatkozólag adott ki a praetor, mire nézve alperes in iure nem ismert be. Az extraordinaria cognitio idején tehát a per az ellenbeszéd és ellenirat beadásakor indúl meg. Igy alperes kezébe volt adva, hogy bizonyos tág határok közt a per megindítását, a litis contestatiot, halaszsza, a mi felperesre nézve káros lehetett, pl. az igény elévüléséhez vezethetett. Ezért a későbbi praxis a per kezdetének bizonyos hatásait nem az ellenirat beadásához, hanem már a kereset indításához fűzte. A mi perrendtartásunk szerint az egyik legfőbb hatás, a kereset elévülésének megszakadása már a kereset beadásához füződik. A kereset beadását tekinteni a per megindításának, ez ma általános és de lege ferenda igen üdvös.

A per megindításának már most mi a hatása? Római jog szerint a litis contestatio először is a perbeli consumptiot idézte elő, másodszor a megszünt igény helyébe ú. n. perobligatiot szült (novatio necessaria), melynek értelmében alperes köteles magát a birói eljárásnak alávetni: ante litem contestatam reum dare oportere, post litem contestatam condemnari. Az igény megszünést az újabbi perben alperes kivánságára, tehát csak exceptio alapján vehette tekintetbe a biró, ellenben a régi legis actionalis eljárásban és később a formularis perben az ú. n. iudicium legitimumban (l. Kajuch 164.) az actiones in personam esetén a litis consumptio ipso iure

hatott, a biró hivatalból vette figyelembe. A litio contestatio pillanata továbbá mérvadó arra, elmarasztalandó-e alperes és menynyire? Felperes azt követelhette, s alperes arra volt kötelezendő az itéletben, bár mikor hozatott is az meg, a mire felperesnek a litis contestatio idején volt igénye. Ez fontos, mert ha pl. a litis contestatio idején volt igényem, de az a per folyama alatt megszünt, alperes az elvnek megfelelően mégis el volna marasztalandó. Ez ma is az elv, a marasztalás tárgyára ma is a kereset beadása, a perindítás az irányadó. Az anyagi elv a min az egész alapszik, az, hogy a pernek szükségszerü továbbterjedése, soká tartása miatt egyik fél se nyerjen, egyik se veszítsen, ezt akarták keresztülvinni, de nem sikerült teljesen. Pl. a sabinianusok szerint, ha a per folyamán az felperes igénye megszünt, alperes még a stricti iuris perekben is felmentendő: omnia iudicia debent esse absolutoria, és csak a proculianusok ragaszkodtak hozzá, hogy alperes a stricti iuris iudiciumokban az esetben is elmarasztalandó.

Az alól, hogy a marasztalás kérdésében a litis contestatio, ma a kereset beadása, a döntő, vannak kivételek. Ezek a következők:

1. A jognak ugyan, melyre felperes keresetét alapítja, fenn kell forognia már a perindításkor, már akkor kell, hogy megillesse felperest, de a jogellenesség és ennek alapján az igény később is származhatik, nem kell, hogy már a perindításkor is meglegyen. Pl. felperesnek tulajdonjoga van, de dolga a perindításkor még nincs alperesnél. Ez mégis el fog marasztaltatni, még ha csak a per folyama alatt került is hozzá a dolog, és így csak ekkor támad e jogellenesség alapján felperes igénye. Ha felperes követelése a perindításkor még nem járt le, alperes mégis elmarasztaltatik, ha időközben vált esedékessé, tehát ha időközben szülemlett meg az igény (18. számú döntvény). Felperes csak az esetben fog visszautasíttatni, ha a perindításkor joga sem volt.

2. Ha a per tárgya a per folyamán per casum egészben vagy részben tönkremegy, elvész, akkor az alperes a tönkrement rész erejéig felmentendő, kivéve, ha az anyagi jog, a positiv jogszabály ezért is felelőssé teszi. Ilyen az eset pl. rosszhiszemű alperesnél, ki casusért is felelős, kivéve, ha be tudja bizonyítani, hogy ez a casus a dolgot felperesnél is érte volna.

3. Ha a per tárgya a per folyamán alperes érdeme, közreműködése nélkül, tehát nem ex negotiatione, hanem ex re a maga természete folytán gyarapodott (lucrum, commodum ex re, omnis causa), alperes ezt is köteles marasztaló itélet esetén kiadni. Szóval köteles a dolgot annak minden civilis nagyobbodásával, fructusaval együtt, rem cum omni causa, kiadni. Ha ez a gyarapodás, ez a commodum alperes működéséből, ex negotiatione származik, akkor nem követelhető, legfeljebb mint lucrum cessans. Ilyen okvetlenül kiadandó lucrum ex re pl. pénzkövetelésnél a perkamat, a perindí-

tástól a végrehajtásig folyó kamat Ezt nem lehet késedelmi kamatnak tekinteni, nem lehet mondani, hogy alperes az által, hogy a felperes keresetére a pénzt rögtön meg nem fizette, késedelembe esett, hisz ő lehet optima fide. A perkamat tekintet nélkül a késedelemre, és tekintet nélkül a rosszhiszeműségre jár, az egyszerüen járuléka a tőkének. Nálunk a törvény fixe meg meg is állapítja $5^0/_0$-ban.

4. Oly követelés, mely eredetileg át nem örökithető akár alperes részéről (actio poenalis), akár felperes részéről (actiones vindictam spirantes), a perindítás után átörökíthetővé lesz.

5. Az elévülés a perindítással megszünik, megszakad.

6. A római jogban (de általában csak Iustinianus óta) meg van tiltva, a per tárgyát, a res litigiosat tovább adni, a követelést cedálni. Felperes oldalán már a legrégibb időben is tilos volt potentiorra cedalni, alperes oldalán a továbbadás tilalma csak későbbi keletű. Ma nincs megtiltva egyik oldalon sem. De ma nem is jár ez a cessio, ez az átruházás azzal a hatással, melylyel az régebben járt. Ma a per tovább folyik a felek közt, mintha még felperest illetné a jog, illetve a dolog még alperesnél volna (fictus possessor). Csakhogy az elutasító vagy elmarasztaló itélet a successor ellen is érvényesíthető exceptioval, illetve executioval.

E hat esetben tehát nem a perindítás idején fennálló állapot a döntő, hanem későbbi, a perindítás és sententia közti idő.

43. §. A per magánjogi hatásai (folytatás).

B) *Az itélet.* Az itélet czélja az, hogy a biró a másodnormát declarálja, melyet a jogellenesség maga után von. Erre a czélra a birónak meg kell győződnie arról, vajjon tényleg történt-e jogellenesség, van-e igény. Erre a bizonyítás szolgál.

(Bizonyítani annyit tesz, mint a biró előtt felhozott állítások igazságát beigazolni. Bizonyítani csak fontos, és vitatott tényállításokat kell. Jogtételeket nem kell bizonyitani, hiszen iura novit curia, csak oly esetben, ha tudásukat a birótól követelni nem lehet pl. külföldi jogról lévén szó. Nem vitatható tények nem szorulnak bizonyításra. Ilyenek a beismert, vagy hivatalos eljárással beigazolt tények, továbbá a praesumptio iuris és de iureval támogatott tények, végül a felek által nem vitatott tények. Bizonyítani az tartozik, ki a hivatkozott tényt felhozta: ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat, felperes tehát a keresetet, alperes az exceptio alapjául szolgáló tényeket, (reus in exceptione actor est). Fontos bizonyítási eszközök szem- és egyéb tanuk, szakértők, okiratok és eskü. Római jog szerint csak szabadok lehettek tanuk. Kihallgatásuk előtt esküt kellett tenniök (iusiurandum promissorium), hogy igazat fognak vallani, és nem a iudex, hanem a rá hivatkozó fél hallgatta ki őket. A tanúskodás csak mancipationalis és más sollemnis ügyleti tanukra nézve volt kötelező, Iustinianus óta mindenkire. Fontos

bizonyító eszköz még az eskü. Ez lehet iusiurandum promissorium, ha a tanú arra esküszik, hogy vallomása igaz lesz, és assertorium, ha maga az eskü tartalmazza a bizonyítandó tényt. Iusiurandum suppletorium, ha az eskü a bizonyitékok pótlására szolgál, surrogatorium, ha a bizonyítékok megerőtlenítésére irányul. Végül lehet a perbeli eskü (iusiurandum iudiciale) voluntarium, ha a felek kinálják fel egymásnak, vagy necessarium, ha a biró itéli oda akár suppletorius, akár purgatorius minőségben. A római per kettéosztottsága az eskünek két fontos fajára vezetett: iusiurandum in iure delatum és in iudicio delatum vagy in litem. A praetor előtt letett eskünek perszüntető hatású volt, megszüntette a pert itélet nélkül, tehát nem bizonyító, hanem itéletpótló eszköz. A biró előtt letett eskü ellenben csak bizonyíték, mely az itéletet nem teszi feleslegessé, és a birótól függ, milyen fontosságot tulajdonítson neki.)

Ha a biró ezek alapján bebizonyítottnak veszi a jogellenséget, akkor a másodtétel ipso iure áll be, a biró nem új jogot teremt, hanem csak kijelenti a már meglevő tételt. Ezt ugy szokták kifejezni, hogy a birói itéletnek csak *declaráló hatása* van. Kivétel ez alól az az eset, mikor dispositiv jogszabály a birót uj jogszabály statuálására jogosítja. Ez esetben a birói itélet *constitutiv hatású.* A practicus életben gyakran megesik az, hogy a biró más esetben is akár tévedésből, akár rosszakaratból nem azt a másodnormát mondja ki az itéletben, melyet az objectiv jog rendel, hanem mást. Ez esetben declarativnek mutatkozik az itélet, holott valójában constitutiv hatású. Ilyenkor is kénytelenek vagyunk az itéletbe belenyugodni, mert az itéletnek a czélja nem annyira az, hogy a jogot az igazságot mondja ki, hogy lelket adjon a jogrend parancsának, hanem az, hogy véget vessen a pernek. A helytelennek gondolt itélet ellen vannak ugyan jogorvoslatok, de ha ezeket is kimeríették a felek, akkor a per végképen el van döntve. Ennél fogva a helytelen, a kifogásható itélet is a perorvoslatok kimerítése után végkép jogerős (sententia indubitata, quae nullo remedio attemptari potest) és *pro veritate habetur*. Ezt Savigny úgy fejezi ki, hogy az itélet mellett az igazság fictioja harczol, az közömbös, hogy tényleg megfelel-e a jognak. Hogy az itélet ellen már perorvoslattal élni nem lehet, az az itéletnek az alaki jogereje, hogy igaznak vétetik, az anyagi jogerő.

A jogerős itélet, mely alperest elmarasztalja, a mint a rómaiak kifejezték, új obligatiót teremt, az ú. n. *obligatio iudicatit*, mely nováló hatásu. mert feltétlen, az előbbi kötelezettségtől független. Alperes engedelmeskedni tartozik neki, akár tényleg obligálva volt előbb is, akár nem. Viszont, ha az itélet felperest elutasította (absolutorius itélet ellentétben a condemnatoriussal), a felperes ha volt is igénye, az itélet által elveszti azt úgy, mintha sohasem is lett volna. A rómaiak ezt úgy fejezték ki, hogy az itélet nováló hatású, noválja felperes igényét, helyesebben a perobligatiot, mert a fél igényét

már a litis contestatio noválta, szüntette meg. A litis contestationak ezt a megszüntető hatását már Iustitiuanus eltörülte, de még mindig megmaradt a res iudicatának, az itéletnek ilyen nováló, szüntető hatása. Ma már az itéletnek sincs consumáló hatása, és így ma helyesen nem azt mondjuk, hogy az itélet által obligatio keletkezik, hanem úgy kell beszélnünk, hogy a régi obligatio fenmarad, és az itélet csak tartalmára vonatkozik, t. i. olyan a tartalma, a milyennek azt a biró mondta (még ha itélete helytelen is). Különben a rómaiak sem vonták le annak, hogy az itélet novatirus hatású, hogy a biró declaratiója a régi obligatiot megszünteti és helyébe új obligatio iudicatit léptet, practicus következményeit. A régi obligatio biztositására fennállt zálogjog tovább is fenmarad, holott novatio esetén megszünne, a régi kezesség, késedelmi kamat tovább tart stb. Ha tehát a római itélet sem igazi novatio, annál kevésbbé az a mai. (Kajuch a novatio alóli ezeket a kivételeket abból magyarázza, hogy a litis contestatio és a sententia, az itélet nem novatio voluntaria, a felek akaratából előálló újitás, hanem necessaria 159. old.). Másfelől meg ma is igaz, hogy az itéletben declarált, bár régi obligatio újból kezd elévülni, önálló elévülési ideje van (1881. LX. tcz: 32 év). E tekintetben tehát ma is novatio az itélet. És így egységes nézőpont alá nem lehet vonni, ha az a kérdés döntentő el, novatio-e az itélet vagy sem. De minthogy a maiori kell e kérdést eldönteni, helyesebb az a nézet, mely az itélettől ma megtagadja a nováló, a consumáló, a negativ hatást. Egy hatása minden esetre van a jogerőre emelt itéletnek, hogy t. i. sem felperes, sem alperes, sőt bizonyos esetekben még harmadik személyek sem érvényesíthetnek a biró előtt oly igényt, vagy nem állíthatnak a biróság előtt oly jogot, a mely igény és jog valamely előbbi iteletben nem létezőnek van kimondva, és viszont nem tagadhatnak oly igényt és jogot, melyet az fennállónak declaralt. A jogerős itéletnek tehát az a hatása van, hogy tartalmával egyik fél sem helyezheti magát egy másik perben ellentétbe. Ha például felperes joga itéletileg megtagadtatott, és ő mégis ujból pert indít, alperesnek még csak tagadnia sem kell, a biró hivatalból is figyelembe veszi az előbbi itéletet. Ma tehát az exceptio rei iudicatae nem többé jogérvényesítő, hanem jogtagadó kifogás. A rómaiaknál, mint láttuk, a történeti fejlődés folyamán, hol ipso iure (igénytagadó kifogás), hol ope exceptionis (igényérvényesítő kifogás) hatott. Ma tisztán csak az a körülmény, hogy ez a bizonyos igényről már egyszer hoztak itéletet, nem állja annak útját, hogy ugyanaz az igény még egyszer perbe vonassék, nincs negativ consumalo hatása, csakhogy a félnek ebből nem lesz haszna, mert az első itélettel ellenkező hatást nem érhet el. A második itélet az előbbinek csak iterátioja lehet. Fontos ez azért, mert ha alperest elmakacsolják, esetleg kétszer fogják végrehajtani, továbbá, a mi igen czélszerü, lehetővé teszi a részekben való perelést, az accesoriumnak (kamatnak stb.) külön perelését. A római jogban

felperes a részkövetelés esetén a többitől elesett, ma nem, ma a maradékot új perben követelheti. Mig azonban az ítéletnek a negativ hatása ma már nincs meg, addig másrészt, mint láttuk, van pozitiv hatása, az exceptio rei iudicatae alapján az előbbi per tartalma az új per ítéletére nézve döntő.

Ezek után nézzük mi az exceptio rei iudicataenek a terjedelme?

A) Tárgyi tekintetben. Az itéletben sokfélét mond ki a biró. Már most melyik döntése a birónak olyan, hogy exceptio rei iudicataeval fel lehet hozni? Melyik része az itéletnek adhat az exceptiora alapot? A római jog álláspontja az, hogy az exceptio emelhető, *quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur.* Mi ez az eadem quaestio? Quaestio a perkérelem, a petitum, az igény elismerésének kérelme, a melyen túl a biró nem mehet. Tehát csak azon terjedelemben válik az itélet jogerőssé, a melyben azt felperes a per tárgyává tette, azaz a mennyiben az a petitumnak megfelel. Csakhogy min ismerem meg, hogy eadem a quaestio. hogy az igény, a perkérelem ugyanaz? Hiszen lehet két perben ugyanaz a petitum, pl. hogy alperes 200 frtban marasztaltassék el, és az igény, a quaestio mégsem ugyanaz. Hogy ugyanarról a a quaestioról szólhassunk. annak kelléke az, hogy a jog és a jogsérelem, melyre felperes a két perben hivatkozik, ugyanaz legyen. Tehát nem baj, ha felperes ugyanazt az igényt ugyanazon tény, de más jogszabály alapján érvényesíti. Pl. alperes az én távollétemben behajtotta a követelésemet, kérem az actio negotiorum gestorum directaval az ő elmarasztalását, — elutasítanak. Ujabb pert inditok, kérem az alperes elmarasztalását condictio sine causa, gazdagodási kereset alapján. Ez utóbbi perben alperes nem emelheti az exceptio rei iudicataet, mert más jogszabály alapján emeltem ugyanazon tényből eredt igényemet. Viszont lehet, hogy ugyanazon jogból perelek ujra, de más tény alapján. Emelhető-e ekkor az exceptio rei iudicatae? Pl én beperelem alperest tulajdonjogomnál fogva, hogy adja ki a nála levő dolgomat. A biró elismeri jogomat, igényemet, és elmarasztalja az alperest. Egy idő mulva ugyanez a dolog ismét alpereshez kerül, én ujra beperelem, most már azon az alapon, hogy a dolgot X-től kaptam ajándékba, kérem tehát alperes elmarasztalását. Alperes tagadja, hogy a dolgot ajándékba kaptam volna. Hivatkozhatom én ezzel szemben arra, hogy hiszen ez ügyben már van itélet? (Itt felperes hivatkozik az exceptio rei iudicataera). Attól függ. Ha az ajándékozás már az első itélet előtt történt, akkor a mostani igény azonos a régivel, exceptio rei iudicataem tehát hatályos, ha azonban az ajándékozás az első itélet után való, akkor az első perben még nem volt elbirálás tárgya, tehát nem lehet szó eadem quaestioról. Ha az egyik per csak egy jogszerzési tény alapján döntött, akkor, bár ugyanazon jogról van szó, az az itélet más jogszerzési tényre nem res iudicata. Ha pl.

azt állítom, hogy a dolgot azért követelhetem, mert azt nekem valaki ajándékozta, és a biró elutasít, még mindig követelhem új perben azon az alapon, hogy örököltem.

A római jogban e kérdésre nézve különbséget kell tennünk az in rem és in personam actiok között. Az in rem actioknál (persze in ius conceptae-ról van itt szó), ha elutasították azon intentio alapján, hogy: aio hanc rem meam esse, akkor ez res iudicata minden szerzési tényre. Nem hivatkozhatom ujabb perben egy tényre sem, melyből tulajdonjogom keletkezhetett volna, kivéve persze, ha ez a tény causa superveniens, azaz az első itélet után való, mert erre az előbbi itélet nem vonatkozhatott. In personam actionál azonban hivatkoznom kell a tényre, melyből az obligatio keletkezett (kivéve a condictiokat), minden formulából, az intentioból vagy a demonstratioból, kitünt tehát a szerzési tényalap, melyből pereltem. Ha tehát keresetemmel visszautasitanak, még mindig indíthatom a keresetemet más tény alapján. De már később arra is ismer módot a római jog, hogy felperes a maga actio in remjét is egy bizonyos tényre szoritsa, hogy actio in remet támaszszon causa expressa: pl. si paret rem, de qua agitur, emptam esse et per hanc causam Auli Agerii esse stb., vagy a praescriptioba vétette fel: eo res agatur de fundo mancipato. Ez esetben aztán az itélet csak erre az egy tényre vonatkozólag res iudicata.

Mindezek a felsorolt szabályok és példák arra vonatkoznak, ha a második perben oly igényről van szó, a melyről az első itélet közvetlenül rendelkezett. De vannak esetek, mikor az első perben csak közvetve történt itélkezés valamely igényről. Pl. az első perben felperes követelésével szemben alperes ellenigényt támaszt compensationalis kifogás formájában. A biró itélete nem vonatkozik közvetlenül, alperes igényére csak közvetve, a mennyiben, ha alperest élmarasztalja, ezzel ellenigényét is elutasítja. Ezért aztán felperes, ha később bármiképen is kérdés tárgya volna az alperes igénye, erre az itéletre, mint erre az igényre is vonatkozó res iudicatara, hivatkozhatik. Már mostan kérdés, hogy ez a közvetett itéletmondás meddig terjed? Ha kamatköveteléssel lépek fel, és a biró elutasít, res iudicata-e ez, azaz hivatkozhatik-e alperes az exceptio rei iudicataere, egy későbbi a tőke iránt inditott perben? Világos, hogy nem, hisz a tőkeigényt az első itélet alkalmával nem vittem a perbe. Ez rendkivül practicus, mert máskülönben pl. ma a bagatell biróság a kamat kérdésével együtt a nagy tőke felett is itéletet mondana. Megforditva azonban, ha a tőke iránti perben elutasítottákfelperest, az res iudicata a későbbi kamatperre is. Ugyanez áll a részigény érvényesitésénél is. Ha egy perben valamely telek tulajdonát elvesztettem, az res iudicata a későbbi perben, melyben mint e telek tulajdonosa szolgalmat követelek a praedium servienstól. Ettől is természetesen el fognak utasítani, mert ha mellék-

jogom előfeltételét képező főjogomra hoztak itéletet, az a következményre, a mellékjogra is vonatkozhatik. Megforditva azonban nem.

Az itéletből tehát nemcsak az a res iudicata, a mi közvetlenül, kifejezetten, hanem az is, a mi csak közvetve, hallgatólag van benne. A leghelytelenebb pedig volna a tételt ugy megfogalmazni, hogy az itéletből res iudicata, azaz jogerőre emelkedik az ú. n. rendelkező rész, az indokolás nem. Ez utóbbira nézve különben is hires vitakérdés: hogy az indokoló rész is res iudicatat alkot-e? Ez úgy a mint fel van vetve, helytelen kérdés, mert bizonyos fokig rendelkező és indokoló rész csak stylaris különbség. Ez a formalis megkülönböztetés, hogy rendelkező és indokoló rész, nem vezet czélhoz. Gyakran a rendelkező részben van olyan, a mi nem tartozik a szoros itélethez, és másrészt az indokok közt van olyan, a mi kétségtelenül res iudicatává lesz. Pl. a rendelkező részből nem tünik ki, hogy felperes időelőttiség miatt egyelőre utasíttatott el, pedig ez is odatartozik a res iudicatahoz. A kérdés tehát nem devalválható formai kérdésre, nem a forma adja meg, hogy mi a res iudicata, hanem az, hogy mi tartozik a quaestiohoz.

Mikor felperes igényével szemben alperes olyan jogra hivatkozik, mely felperes jogát kizárja, akkor ha felperes keresetének helyt adatott, az res iudicata arra is, hogy alperesnek a hivatkozott joga nincs meg. Megfordítva azonban nem, felperes elutasítása nem jelenti alperes jogának elismerését. Sághy ezt úgy fejezi ki, hogy az itélet felperes igényére positiv és negativ irányban hat ki, alperesére csak negative. Ha alperes nagyobb követelése egy részével akar compensálni, a felperes igényére vonatkozó itélet nem res iudicata alperes követelésének nem compensált részére. Ez azonban nem logicus okokból folyik, mint az eddigi eseteknél, hanem pusztán practicusakból.

B) A res iudicata kihatása alanyi tekintetben: Res iudicata ius facit inter partes, az itélet csak a felekre hat ki. Ez alól kivételek:

1. Pusztán historikus okokból, ha helyettem procurator, cognitor, tutor, curator, defensor járt el, én nem voltam perfél (l. Kajuch: a perbeli képviselők 138. old.), de természetesen az itélet rám is kihatott.

2. Jogutódlás, succesio esetén, ha felperes a perindítás, a litis contestatio, után engedményezi a maga igényét, alperes tovább adja a res litigiosat, a rájuk vonatkozó itélet a successorokra is kihat.

3. Ratihabitio, jováhagyás esetén. A forráshely erre vonatkozólag azt a példát hozza fel, hogy ha a nálam letett zálogtárgy X-hez kerül, én jogosítva vagyok azt actio pigneratitia in remmel követelni. Ha azonban ezt nem teszem, és nyugodtan tűröm, hogy adósom, a zálogtárgy tulajdonosa, rei vindicaiot inditson, akkor az erre vonatkozó itélet rám is kihat. Másik eset: a férj hozományát az apóstól, vagy a feleségtől más valaki követeli, nem a férj. Ha a férj ebbe belenyugszik, akkor az itélet rá is kihat.

4. Status perekben, mikor pl. az a kérdés, valaki legitim gyermeke-e az egyik a másiknak, az ítélete két fél közt jön létre, de kiterjed mindenkire. Az 1894. XXXI. 50. §. szerint a házassági semmiségi perben hozott ítélet mindenkire kihat. Az öröködési perben az örökös személyére hozott ítélet a legatariusokra és a hagyatéki hitelezőkre is kiterjed, a mennyiben ők is hivatkozhatnak erre az ítéletre egy későbbi perben.

A magyar jogban vannak még egyéb kivételek is. Ha a csődbe bejelentett követelésemet a tömeggondnok kifogásolja és én pert indítok, akkor az ebben hozott ítélet nemcsak a tömeggondnokra, hanem az összes csődhitelezőkre is kiterjed. Ha én egy sorrendi tárgyaláson, mint háziúr jelentkezem, valamely foglaltató hitelező pedig tagadja, hogy végrehajtást szenvedő házbérrel tartoznék, akkor a végrehajtást szenvedő ellen indított perben javamra hozott ítélet a követelésemet tagadó foglaltatóra is kihat. A közkereseti társaság ellen hozott ítéletre a társaság volt tagjával szemben kilépése után 5 évig hivatkoztatom, az tehát rá is kiterjed stb.

Függelék: *Az ítélet surrogatumai.* Egyenrangúnak vétetik az ítélettel alperes beismerése: *confessus pro iudicato habetur.* A régi római perben a confessio in iure feleslegessé tette az ítéletet, nem így a confessio in iudicio, mert ez csak a további bizonyítást tette feleslegessé. A beismerést nem szabad összetévesztenünk a nem tagadással, mert a beismerés a per egész tartamára kihat, holott a nem történt tagadás az ítélet jogerőre emelkedéseig még pótolható.

Surrogatuma az ítéletnek a *compromissum* útján választott birónak a döntése is. Compromissum az a szerződés, melyben a peres felek az iránt egyeznek meg, hogy jogvitájukat nem a rendes peres eljárásnak, hanem magánszemély döntésének vetik alá. A megegyezés kettős szerződés formájában jött létre: a felek formátlan szerződést (compromissum) kötöttek, hogy vitájukat a választott magánember elé viszik és ehhez egyszersmind büntetési stipulatiot is csatoltak e szerződés megszegésének esetére, egy másik szerződést pedig kötöttek a felek a választott biróval (receptum arbitrium) a birói tisztség átvétele ügyében. Az ilyen úton hozott döntés nem szült actio iudicatit, de az a fél, a ki a compromissumnak eleget nem tett, illetve az ügyet a rendes biró elé hozta, köteles volt a stipulalt összeget lefizetni. Iustinianus szerint formátlan compromissumok perelhetők, ha a felek a választott biró döntését aláírásukkal megerősítették, ú. n. laudum homologatum, és ha a felek a döntés ellen 10 napig nem remonstráltak. Megszüntette ellenben Iustinianus a compromissum perelhetőségét arra az esetre vonatkozólag, ha a döntés esküvel volt megerősítve. Választott magánbirák nem lehettek 20 éven aluliak, nők, őrültek, süketek, némák, maguk

a felek és a praetortól kirendelt biró. A compromissum megszünt, ha az egyik fél vagy a választott biró meghal, vagy az utóbbi e tisztjéről betegség vagy öreg volta miatt lemond, ha az egyik fél a választott biróval folytatott ellenségeskedése, vagy a választott biró, illetve a másik fél dolusa miatt a szerződéstől visszalép, végül ha egyik fél megőrül vagy csődbe jut. Ha több választott biró (arbiter; nem tévesztendő össze a praetor által kirendelt arbiterekkel) van, a többség döntött, szavazatmegoszlás esetén a források szerint a választott birák által választott elnök szava döntött.

Surrogatuma az itéletnek az egyezkedés, a *transactio* is. Transactio az a szerződés, melylyel a felek egy jogra vonatkozó bizonytalanságot, kételyt kölcsönös engedékenység útján szüntetnek meg. Ez a transactio megfélemedés, megcsalatás és lényeges tévedés alapján megtámadható.

Az itélet pótlékai közé tartozik az *eskü* is. Erről már volt szó.

II. Függelék. Az igény harmadik érvényesítési formája (első az önsegély, második a birói érvényesítés volt) *a végrehajtás.* A végrehajtás lehet az igénynek önálló érvényesítése is, így egyes privilegisalt követeléseknél, pl. a nexumból eredőnél (l. legis actio per manus iniectionem), rendesen azonban a jogerős itéletnek s surrogatumainak folyománya. A jogerős itélet alapján actio iudicatival indíthatta meg a végrehajtató a végrehajtást. (Hogy erre milyen formák voltak l. Kajuch 171—173).

Megjegyzés: A perjogra vonatkozólag ajánlatos az általunk tárgyaltak megtanulása után Kajuchot is 122—173 old. átvenni.

44. §. Az idő.

Az eddigiekben a jogi tények közül a megengedett és meg nem engedett cselekményeket és azok joghatását tárgyaltuk, különösen pedig a jogügyletet és a vétkességet. (Mindkettőről még bővebben fogunk szólani a kötelmi jogban). Tudvalevőleg azonban vannak oly jogi tények is, melyek nem cselekvények, hanem tények, melyek szándékolva nincsenek, illetve, melyek nem azért állnak be, mert mi szándékoljuk őket, hanem szándékunktól függetlenül. Azon tények közül, melyek nem cselekmények, legfontosabb valamely időpont beállása és bizonyos időtartam lefolyása. Maga az idő nem jogi tény, metaphysikai fogalom, mely jogilag nem fontos. Fontos azonban pl. az a tény, hogy valami bizonyos időpontban és nem máskor történt. Jogi ez a tény azért, mert más lehet a jogi hatás a szerint, a mint valami most vagy máskor történik, esetleg más törvényt, más anyagi jogszabályt kell alkalmazni. Más esetekben ismét nem az időpont, hanem az időtartam ténye a fontos. Pl. ha én egy dolgot három esztendőn át birok, ennek az időfolyásnak az lesz a következménye, hogy a birtok átváltozik tulajdonná (el-

birtoklás). Mint jogi tény tekintetbe jön tehát a) *az időpont,* b) *az időtartam.* Hogy valaki a befejezett 24-ik évvel önjogúvá lesz, ennek a joghajtásnak a tényalapja az időtartam (24 év), hogy ellenben több záloghitelező közül az eladott zálog vételárát az kapja, ki a zálogjogot előbb szerezte, ez már az időpontnak a joghatása. Hogy a házasság megszünése után 10 hónap alatt született gyermek törvényesnek vélelmeztetik, ennek tényalapja időpont. Az időpontot megjelölhetjük naptárilag vagy mozgó idő szerint, pl. megérkezésem után 6 napra, lát után ennyi időre.

Az időpont és időtartam joghatásait enumeralni nem lehet, főleg azonban abban mutatkoznak, hogy

a) bizonyos cselekvényeket nem lehet bizonyos napokon (dies nefasti) végezni,

b) bizonyos jogok és igények csak bizonyos időtartam alatt gyakorolhatók és érvényesíthetők,

c) az időpont és időtartam jogkeletkeztető és szüntető hatású lehet.

A római jogban a nap volt a legkisebb időegység. Az időszámítás kétféle volt. *Naturalis computatio* az időnek számítása momento ad momentum, a *civilis computatio* pedig in dies numeravit, a napok szerint számított. A naturalis computationak a római jogban helye volt, mikor a kiskorúság időpontjáról volt szó a restitutio in integrum fentartására, és a Iustinianus rendelte 10 napi felebbezési határidő számításánál. Ma a naturalis computatiot két személy születése vagy halála idejének megméréseénél és dologi jogok prioritásának kérdésénél alkalmazzuk. A civilis computationál elsőnek az a nap számít, a melybe a kérdéses időtartam első pillanata esik (ma ez a nap még nem számit), ellenben az utolsónak csak meg kell kezdődnie — dies ultimus coeptus pro iam completo habetur — valahányszor valamely jognak a megszerzéséről van szó. Ha azonban jognak tétlenség miatti elvesztéséről van szó, az utolsó napnak is teljesen el kell telnie: totus postremus dies completus esse debet.

Az az időtartam, melynél a napok egyfolytában számítanak: *tempus continuum.* Ezzel szemben *tempus utile* az az időtartam, melybe csak azok a napok számítanak, a melyeken bizonyos cselekvényeket véghez lehet vinni (dies fasti). Utiliter számítja a római jog az időtartamot a bonorum possessio körül előirt időtartamnál, az egy évre és rövidebb időre terjedő kereseteknél és jogintézkedésen alapuló időtartamoknál.

45. §. Az elévülés.

Az időtartamnak, mint jogi ténynek, egyik legnevezetesebb hatása az elévülés. Az elévülés tényalapja abban áll, hogy bizonyos tényleges állapot, mely valamely jog fennállásának vagy

fenn nem állásának külső képét mutatja, bizonyos időn keresztül eltart. A ki ezt a bizonyos időn át tartó tényleges állapotot nézi, az azt a képet nyeri, hogy itt ez és ez a jog van, illetve nincs meg. Ennek a tényalapnak, ennek a bizonyos időn át tartó tényleges állapotnak a joghatása aztán az, hogy a fennállónak látszó jog tényleg joggá lesz, a fennállani nem látszó jog pedig valóban elvész. Az elévülési joghatás tehát abban áll, hogy a látszat jogi állapottá lesz: az eddig fenn nem állt jog a bizonyos időn át tartó látszat folytán megszereztetik, az eddig fennállt pedig elvész.

A római jogban az elévülésnek nem volt ily egységes fogalma, ily elvi jelentőségét nem ismerték, ezt az ujabb praxis képezte. A római jog csak a perben és ott is csak mint kivételt ismerte azt, hogy bizonyos actioknál, ha azokat felperes a jogsértéstől számitott bizonyos időn túl inditotta meg, alperes kifogással védekezhetett. De ez csak nehány actionál volt meg, a legtöbb actio perpetua volt. Később lesz csak szabálylyá, hogy alperes ezzel a kifogással 30 év után bármely actio ellen élhetett. Ez a kifogás a praescriptio temporis volt, praescriptio azért, mert a formula elejére irták. Ez azonban csak perintézmény volt. Ma az elévülés az anyagi jog intézménye, és nem kivétel, hanem szabály.

Azon kétféle functioja szerint, hogy majd a tényleg fenn nem álló jog látszik fennállónak, és idő multán tényleg ez által fennállóvá lesz, majd pedig a tényleg fennálló jog fenn nem állónak látszik és ezért idő multán el is vész, ezen két functio szerint van kétféle elévülés. Beszélünk ez alapon *jogszerző és jogvesztő elévülésről* (*praescriptio acquisitiva és exstinctiva*). A praescriptio acquisitiva, a jogszerző elévülés az, a mit *elbirtoklás*-nak nevezünk, az exstinctiva, a jogvesztő pedig a szűkebb értelemben vett elévülés.

Felosztjuk az elévülést azon idő szerint is, a melyen át a jog fenn vagy fenn nem állásának látszata tart. Igy beszélünk *praescriptio definita és indefinita vagy immemorialis*ről. Praescriptio definita a közönséges elévülés, melynek bizonyos az időtartama, másik a rendkivüli, az emlékezetet meghaladó elévülés, melynek tartama bizonytalan; oly hosszu időnek a lefolyása, hogy kezdetét már meg sem lehet határozni.

Az elévüléstől meg kell különböztetni az *idejeszünt jogot* (*Befristung*). Vannak bizonyos jogok, melyek kezdettől fogva csak bizonyos időtartamra vannak szánva. A csődjog szerint a megtámadási jogot a csődnyitástól kezdve számitott 6 hónapon belül kell érvényesíteni. Ez a jog nem évül el 6 hó alatt, mert élete ab ovo csak 6 hóra terjedt. Az elévülés megszakítható, ez a 6 hónap nem.

Az elévülés, illetve annak egyik faja, az elbirtoklás, legjobb czáfolata annak az eszjogászok által felállított elvnek, hogy jogtalanságból jog nem keletkezhetik. Hiszen épen abban áll, hogy egy eddig csak fennállónak látszó, de tényleg fenn nem álló jogból

tényleg lesz jog, jognélküliségből, jogtalanságból lesz jog. No de különben is jog másból nem is származhatik, mint nem jogból.

Ha az elévülés és elbirtoklás (elévülés alatt csak a szűkebb értelmű elévülést, a jogvesztőt fogjuk a továbbiakban érteni) intézményeit igazolni akarjuk, vissza kell mennünk az emberi psychologiára. Az a körülmény, hogy valamely állapot hosszú időn keresztül tart, szentesíti azt az állapotot. A mit úgy nevezünk, hogy megszokás, pietas, kegyelet a régihez, az mind ezen alapszik. Ha mi valamely állapotot hosszú időn keresztül látunk, rosszúl esik, tiltakoznunk ellene, ha ezt az állapotot le akarják rontani. Ez a jog terén, mint láttuk kétféleképen nyilvánul. Ha valaki sokáig nem lép fel megsértett joga védelmére, akkor bennünket meglep, ha hosszú idő mulva egyszerre csak érvényesíti. Első kérdésünk ilyenkor az, hogy mért csak most, mért nem előbb, mért hallgatott oly sokáig, oly hosszú időn keresztül. És ha nem tudja bebizonyitani, hogy mi gátolta a fellépésben, nem fogunk neki igazat adni. Minden jogban van egy szabály, mely szerint, ha valaki hosszú időn keresztül jogát nem érvényesíti az a jog elhomályosul, elvész. Ez az elévülés. (A római jogban azonban ilyenkor csak az igény vész el, a jog nem.) A másik meg az, hogy, ha viszont valakit hosszú időn keresztül valami dolognak az élvezetében találok, oly situatioban látom hosszú időn keresztül, mint szokott a jogosult lenni, én elhiszem, hogy ő a jogosult. Ez az elbirtoklás. Ebből kiindulva a római jog két alakban ismeri el az idő mulásának a hatását. Az egyik a perintézmény az elévülés, praescriptio, a másik az elbirtoklás, usucapio. Ezt a két intézményt, bár hasonló gondolaton alapszanak, széjjel kell egymástól választanunk. Hasonló gondolaton alapszik mind a kettő, mind a kettőt arra lehet visszavezetni, hogy azt az állapotot, mely hosszú idő át megvan, a jog sanctionálja. A lusta, jogát nem érvényesítő embert a jog megfosztja kereseti lehetőségétől, (a római elévülés csak ennyiben jogvesztés), a birtokló, a dolgos ember pedig elismertetik a jogra jogosultnak, tehát jognyerés. A kettő sokszor külsőleg összeesik. Ha én 30 évig nem járok a dolgom után, a mely ez idő alatt A. kezében van, akkor mind a két hatás beállhat: én elveszítem A-val szemben a kereseti jogomat, és bizonyos körülmények között ezen 30 év elmultával A. meg is szerzi a dolgon való tulajdonjogot. Itt tehát a kettő összeesik. De vannak esetek, mikor a kettő össze nem esik. A.-nál van a dolog 30 éven keresztül, én elvesztem a kereseti jogamat, de A. nem lévén bona fide, még sem szerzi meg a jogot. Az elévülés beáll, az elbirtoklás nem. A rendes eset az: A. megszerzi a dolgon való jogot már 3 év mulva, de az én keresetem nem évül el. Ez nem annyit jelent, hogy keresetem meg volna indítható ellene, az megszünik, mert megszünt a jogom is, minthogy A. azt elbirtokolta. Keresetem tehát nincs, de nem mert elévült (elévülés mint római perjogi intézmény), hanem mert nincs már tulajdonjogom

(elévülés mint az anyagi jog intézménye). A keresetelévülés és elbirtoklás közt a római jogban a különbség tehát az, hogy az elbirtoklásnál a volt jogosult elveszti jogát, az elbirtokló pedig új jogot nyer (originär jogszerzés), ellenben az elévülésnél (római jogi értelemben) az eddigi jogosult nem veszti el a jogot, sem a birtokló nem szerez új jogot, hanem csupán csak az áll be, hogy a jogosult ez ellen a birtokló ellen nem indithatja meg a keresetét.

A régi magyar jogban ép úgy mint a german jogokban, mig az osztr. polg. tk. az állapotot meg nem változtatta, az elbirtoklás nem volt ismeretes, csak a keresetelévülés. A különbség a már kifejtettek alapján az, kogy mikor a keresetem évül el, akkor A.-val szemben, a ki a dolgot birtokolta, a keresetet nem érvényesíthetem, de azért a tulajdonos én maradok. Ennélfogva, ha A. kezéből harmadikhoz kerül a dolog, ezzel a harmadikkal szemben már követelhetem a dolgomat. A keresetelévülés az relativ valami, csak azzal az egy birtoklóval szemben áll be, mással szemben nem; az elbirtoklás pedig absolut, az egyik elveszti a jogát mindenkivel szemben, a másik nyer ujat mindenkivel szemben. Ihering az elbirtoklás intézményeinek czélját a birtokállapotok biztonságában látja, és helyesen. A czél az, hogy régi titulusok czimén ne bolygassuk a multakat, mert hiszen a régi tények bizonyítása mindig a legnehezebb. A jog azt mondja, én az én intézményeimet csak bizonyos ideig bocsátom az emberek rendelkezésére. Ebben ismét a római jog practicus érzéke mutatkozik. A magyar jogban ezzel szemben az ősiség egyik vonása az, hogy a jog gondolatát ad absurdum vitte. 200 év multán jöhetett valaki mondván: a te őseid 200 év előtt ezt a dolgot olyantól szerezték, kinek erre joga nem volt, mert joguk csak a mi őseinknek volt; add ki tehát a dolgot. Ez megfelelt az ősiség gondolatának, de azzal járt, hogy rerum dominia incerta voltak. Nem úgy a római jogban.

Az elbirtoklás és elévülés igazolása tehát abban áll, hogy ez a két intézmény igazságos és czélszerü, practicus. Czélszerüségének egyik alkalmazása pl. hogy jogom bizonyításánál nem kell nehezen bizonyítható szerzéstényekre visszamennem, elég az idő lefolyására, mint originär szerző tényre hivatkoznom. Tehát nemcsak az bizonyitja a maga jogát az időmulással, a kinek ezenkivül más szerzés ténye nincsen, hanem az is, kinek más ténye is van. (Lásd bővebben a dologi jogban a Publiciana actio tanát.)

Az elbirtoklás és elévülés nem fog minden jogon. Elbirtokolhatók a római jog szerint a dologi jogok, kivéve a zálogjogot, elévülnek pedig csak a keresetek, az igények, és a jogok közül csak a szolgalom és a zálogjog.

45. §. Emlékezetet meghaladó elévülés.

Emberemlékezetet meghaladó elévülés, praescriptio immemoralis sc. indefinita az a joghatás, hogy valamely állapotot (jog gyakorlását, kötelezettség alóli mentességet), a nélkül, hogy ránézve határozott szerzéstény volna kimutatható, jogállapotnak, jogosan megszerzett állapotnak tekintünk csak azért, mert hosszu időn keresztül tart. Ez kiegészitője az elbirtoklás és elévülés intézményeinek. Tényalapja csak a hosszu időtartam, más kellékei nincsenek. Ebben különbözik az elbirtoklástól és elévüléstől. Ahhoz tehát, hogy valamely jog emberemlékezetet meghaladó elévülés által megszereztessék, csak egyet kivánunk meg: t. i. azt, hogy a neki megfelelő külső kép, aspectus, tényleges állapot a legutolsó emberöltő óta megszakítás nélkül fennállott és gyakoroltatott legyen. Az ilyen elévülés igazolása tehát annak a bizonyításával jár, hogy ezt a kérdéses jogot a mostani generationak megfelelő idő óta, körülbelül 40 év óta, gyakorolja az illető, és hogy az előbbi generatio korából sem maradt fenn annak emléke, hogy ez a jogot valóságban nem illeti meg. Bizonyító eszközök lehetnek okiratok, esküfelajánlások, tanúk, kik a 40 év tartama alatt történtekre visszaemlékeznek (némelyek szerint legalább 54 évesnek kell lenniök). Az ilyen bizonyitással állított emberemlékezetet meghaladó elévülés csak azzal az ellenbizonyítással támadható meg, hogy az illető állapot az utolsó két emberöltőn át nem volt szakadatlan, folytonos, hogy ez az állapot bizonyos megállapítható — 80 évi időtartamot megelőző időben jogtalanul szereztett és e jogtalan szerzés alapján áll fenn mindmáig.

A praescriptio immemoralist az ujabb praxis fejlesztette ki, de már a római jog is ismerte, még pedig a következő esetekben:

a) A magántelken épült községi utak (viae vicinales) nyilvános közút számba mennek, vagyis a telektulajdonos önkénye alól kikerülnek, ha emberemlékezet óta ilyenekül használták őket.

b) A viz lefolyását biztositó intézkedéseket szolgalmaknak tekintették, ha emberemlékezet óta megvannak.

c) Nyilvános vizvezetékeknek emberemlékezet óta történt használata ép oly védelemben részesül, mint hogy ha császári engedélyen alapulna.

Ezekhez az esetekhez aztán a canonjog ujabbakat is csatolt.

A praescriptio indefinita fogalmára nézve az irodalomban két nézet van. Savigny, Dernburg, Baron, Arndts nem tartják igazi jogszerző (illetve kötelezettség alól felszabadító) ténynek, hanem csak vélelemnek, gyanításnak, hogy a kérdéses állapot emberemlékezetet meghaladó idő előtt egyszer jogszerü uton keletkezett. A másik nézet tovább megy és önálló jogszerző ténynek minősiti az emberemlékezetet meghaladő elévülést. Egyes ujabb irók közjogi, publicistikai jellegü intézménynek akarják minősíteni, és igy fogalmát megszorítani, de ez helytelen.

46. §. Igényelévülés.

Ha valaki az őt megillető keresettel a jogsértés megtörténte után bizonyos ideig nem él, azaz igényét a kötelezettel szemben ez idő alatt nem érvényesíti, akkor elveszti igényét, keresetét (actioját), igénye, keresete elévül. Mint már fentebb is kifejtettük, a római jogban nem járt ezzel a jog elvesztése is. Ez különösen a dologi jogoknál, a mint a fentebb folhozott példák is mutatják, szembetűnő különbség. A kötelmi jogoknál azonban a jog, és igény megszünésének ez a kettéválása nem oly szembetűnő. A kötelmi, a relativ jog egyessel vagy egyesekkel szemben áll fenn, csak ezek sérthetik meg jogomat, csak ezekkel szemben lehet igényem, és keresetem, ha ezekkel szemben nem érvényesitettem igényemet, keresetemet, akkor az ilyen módon előálló igénymegszűnés practice látszólag annyi, mintha jogom is elévült, megszünt volna. Más ugy sem sértheti meg a jogomat, más ellen nem lehet igényem, mással szemben tehát jogomat már fogalmilag sem gyakorolhatom. A valódi kötelezettekkel szemben pedig az elévülés miatt nem élhetek jogommal, vagyis a külső aspectus olyan, mintha nem is volna jogom. Ez, a mit némelyek tanitanak is, azonban téves, helytelen. A jogot nem meríti ki az a cselekvési képesség (ismét az alanyi jognak a régi definitiója az, mely e tévedést okozza), hogy perelhetek, hogy jogom megsértése esetén igényemet érvényesíthetem, hiszen vannak oly jogok, melyek birói uton nem is érvényesíthetők, és épen a kötelmi jog terén látjuk azt, hogy az obligatioknak egész osztálya van, melyeknek obligatio, jog voltát senki sem tagadja, bár épen abban különböznek a többi kötelemtől, hogy biróilag nem érvényesíthetők. Ezek az ú. n. obligationes naturales vagy imperfectae, és ide tartozik épen az olyan kötelmi jog is, melynek igénye, keresete elévült. Hogy mennyiben jog még ezentúl is az ilyen igénytől, keresetől megfosztott jog, arról a kötelmi jog megfelelő fejezetében fogunk beszélni.

De nemcsak a jog elévülést, hanem még az igényelévülést sem ismerte a régi római jog, a ius civile. A ius civileből eredő keresetek, kivéve a lex Furiából származó, a sponsor és fideipromissor ellen indíthatót, el nem évülők, örökösök voltak — *actiones perpetuae.* Csak a praetorok és aedilisek hoztak be rövid időre szánt kereseteket — *actiones temporales*, különösen actio poenaleseket egy annus utilisre terjedő hatálylyal. (A furti manifesti actio, noha praetori eredetű, szinten actio perpetaa volt). Ha felperes ez alatt az év alatt nem indította meg őket, akkor későbbi megindításuk ellen alperes *exceptio annua*val védekezhetett. A classikus korban már az actio civiliseket is alávetették az elévülésnek pl. az actiones in rem specialest (rei vindicatiot stb.). Ezek a jogszerü birtokossal szemben inter praesentes 10, inter absentes 20 év alatt évültek el. Ez idő után való megindításuknak *praescriptio longi temporis* volt ellenvethető. Constantinus ezeknek a keresteknek elévülését

arra az esetre is kiterjesztette, ha a birtokos, t. i. a jogellenes állapotban lévő, nem is volt jó hiszemü és jogszerü, azaz nem volt iustus titulusa, jogos jogszerző ténye. Erre az esetre az elévülési időt 30 illetve 40 évben állapította meg. Az ennek megfelelő kifogás a *longissimi temporis praescriptio*. (Erről a két intézményről bővebben lesz szó a tulajdonjognál az elbirtoklás fejezetében.) II. Theodosius nevéhez füződik az actiok elévülésének általánositása. Ő ugyanis behozta azt, hogy azok az actiok, melyek eddig perpetuák, örökösök voltak, 30 év alatt mind elévüljenek: *praescriptio triginta annorum*, a rövidebb idő alatt elévülők pedig ezután is az eddigi elévülési idő után szünnek meg. Iustinianus erre vonatkozólag csak annyiban változtatott, hogy bizonyos actiok elévülési idejét 40 évben állapította meg (*praescriptio quadraginta annorum*). A justinianusi jogban ezek alapján actio perpetua az, mely 30, illetve 40 év alatt évül el, a rövidebb idő alatt elévülő pedig actio temporalis. 40 év alatt a templomok és kegyes alapitványoknak azon keresetei évültek el, melyek különben 30 éves elévülés alá tartoztak volna, és bizonyos esetekben a zálogkereset. De még a iustinianusi jogban is vannak valóban örökös, soha el nem évülő keresetek. Ilyen a fiskusnak keresete hátralákos adótartozások behajtására, a vindicatio in libertatem és a curialis vindicatioja. Ide veszik továbbá az osztókereseteket, a mennyiben in rem vonatkozásuak. Ezzel szemben Windscheid azt állitja, hogy ez utóbbiak nem kivételek az elévülés alól, mert ezeknél igény a közösség minden pillanatában keletkezik, tehát el sem évülhet.

A kereset, az igény elévülését a felek nem zárhatták ki, mert az nem magánérdeknek, hanem a közérdeknek biztosítására irányuló intézmény.

Az elévülési idő az *actio nata* pillanatától kezdődik, vagyis ex quo (actio) ab initio competit et semel nata est. Az actio nata est, mikor jogunkat megsértik, (némelyek szerint, ha egy jog keletkezik, és a tényleges állapot nem felel meg neki). Név szerint nata az actio:

a) Dologi jogoknál ha a jogsértés kezdődik. A rei vindicationál tehát akkor kezdődik az elévülés, ha harmadik személy dolgunknak birtokába helyezi magát.

b) Non facerere menő kötelmi jognál kétségtelenül akkor születik az actio, mikor a kötelezett alany kötelme ellenére jár el, azaz megteszi azt, minek meg nem tételére kötelezte magát.

c) A természetüknél fogva időhöz nem kötött positiv magatartásra menő obligatioknál az obligatio létrejöttével (obligationis exordium) kezdődik az elévülés.

d) A természetüknél fogva ugyan bizonyos időtartamot feltételező facerere menő obligatioknál, a melyeknél azonban a felek az idő tekintetében nem határoztak, vitás, vajjon rögtön az obligatio megkötésével, vagy csak a teljesités követelésével, adós fel-

szólításával kezdődik-e az elévülés. Az előbbi a helyes, a mint azt több forráshely bizonyítja. Mellette szól továbbá az a (a kötelmi jogban bővebben kifejtendő) szabály, hogy quod sine die debetur, statim debetur.

e) Feltételhez, dieshez kötött jogügyletekből eredő jogoknál a dies, a condicio beálltával nascitur az actio.

f) Kétoldalú visszterhes szerződéseknél vitás, vajjon rögtön az obligatio létrejöttével kezdődik-e egyszerre a két fél actioja, vagy egyenkint mindegyik félé csak akkor, mikor a maga részéről már teljesített. Az előbbi a helyes.

g) Oly jogoknál, melyeknél az actio gyakorlásához még a hitelezőnek erre irányuló akaratnyilvánitására is szükség van, pl. felmondásra, felmondás után bizonyos időre fizetendő kölcsönnél, az elévülés nem az akaratnyilvánitás pillanatától számitódik, hanem már akkor kezdődik, mikor a hitelező ezt az akaratnyilatkozatot megtehette volna. Toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris. Ez a latin azonban sokat mond, mert oda vezetne, hogy pl. a dosra irányuló actio elévülése nem a válás pillanatában, hanem már akkor kezdődne, mikor a férj okot adott a válásra.

h) a visszatérő, ismétlődő szolgáltatásoknál (kamat, járadék) a keresetelévülés minden egyes szolgáltatásra nézve külön a lejárat napjával kezdődik. A kamatokra irányuló actio azonban elévültnek tekintendő akkor is, ha a főkövetelés elévült. Vajjon a kamatok, járadékok ettől eltekintve elévülhetnek-e egyszerre, egészben, vitás, a források nem is szólnak róla. Baron szerint a kérdésre igennel kell felelni, egészükben évülnek el ugyanis, ha az adós a kamatfizetést, vagy a járadékot egészben tagadja meg, és a hitelező még sem perel.

i) A gyámoltnak actio tutelae-ja, és a kiskorúnak actio tutelae utilis-e csak a befejezett gyámság után kezdenek elévülni.

Ettől az időponttól kell számitani a kereset elévülését, mely mint tudjuk a justinianusi jogban 30, illetve 40 évre terjed. Rövidebb idő alatt évülnek el a következők:

1. A fiscusnak büntetési actioi 20 év alatt, bona vacantia-ra irányuló keresetei 4, commissa-ra 5 év alatt évülnek el.

2. A restitutionalis kereset justinianus óta 4 év alatt,

3. Az actio redhibitoria 6 hó.

4. Az actio quanti minoris (aestimatoria) 1 év alatt,

5. A querela inofficiosi testamenti a haláltól számitott 5 év alatt évül el.

6. A praetori büntetési kereseteknek elévülési ideje, mint már mondtuk, 1 év.

Az elévülési időnek nem kell ugyanazon személyek közt lefolynia, az egyes felek helyébe suigularis vagy universalis successoraik léphetnek. Ezt közönségesen úgy fejezik ki, hogy

accessio temporis-nak van helye, azaz a kötelezett fél universalis vagy singularis utódja autorának elévülési idejét is hozzászámithatja a magáéhoz. Az elévülés csak az utolsó nap végével fejeződik be, mert hiszen jogosultságának elvesztéséről van szó. Az elévülési időt continuo számították, csak az egy évre terjedő praetori és a rövidebb idő alatt elévülő kereseteknél történt az időszámítás utiliter.

Megszakad, azaz megszűnik az elévülés, ha a jogosult fél igényét érvényesiti. A régi római perben ez a litis contestatiokor tekintetik megtörténtnek. Iustinianus után és a mai jogban a kereset beadásakor, illetve a keresetnek az alperes kezéhez történt juttatásakor (csődköveteléseknél a csődbejelentéssel). Megszakad továbbá az elévülés, ha az adós az alperes tartozását beismeri, új adóslevelet állít ki, zálogot ad vagy kezest állít a jog biztosítására, ha kamatokat fizet vagy a tőkéből törleszt, sőt még az is megszakítja az elévülést, ha a hitelezőnek, a jogosultnak kezében sine vi zálog van, pl. az actio hypothecariaval megszerzi a neki hypothecaul rendelt dolgot. Nem szakitja meg ellenben a keresetelévülést a teljesitési felszólitás, intés, figyelmeztetés.

Az elévülés *megszakadása* (interruptio temporis) azt jelenti, hogy az eddigi elévülés megszünik és ujabb kezdődik. Ellenben a *megakadás* (praescriptio dormit) nem szünteti meg az eddigi elévülést, hanem csak felfüggeszti, a megakasztó tény megszüntetésével azonban tovább folytatódik.

Megakad az elévülés:

1. ha filiusfamiliast illet kereset az ő rendes adventiciáihoz tartozó jogból;

2. Ha az igényre jogosult serdületlen;

3. Ha az igényre jogosult kiskorú, (ez azonban csak 30 évnél rövidebb idő alatt elévülő kereseteknél akasztja meg az elévülést.)

4. Ha az igényre jogosult őrült;

5. Ha bizonyos jogi akadályok állják a keresetinditásnak útját (agere non valenti non currit praescriptio) pl. a rei vindicatio megakad, mig a dolog tignum inuctum, beépített anyag, moratoriumot nyert adós ellen az actio megakad a halasztás idejére, és megakad az örökös ellen, a ki a beneficium inventarii, illetve deliberandit nyeri;

6. Ha bizonyos tényleges akadályok állják a keresetindítás útját — pl. a tempus utile időszámításnál.

Sem meg nem szakítja, sem meg nem akasztja a keresetelévülést az a körülmény, hogy a keresetindításra jogosúlt igényéről nem tud.

A kánonjog az elévüléshez az actio natan, időmúláson és az igény nem érvényesítésén kívül még azt is megkivánta, hogy az elévülésre hivatkozó, az alperes bona fide, jóhiszemű is legyen. Ezt a római jog nem kivánta meg. A római jog a bona fidest csak az acquisitiv elévülésnél, az elbirtoklásnál követelte meg,

illetve csak ott volt akadály a mala fides, a rosszhiszemüség, az igényelévülésnél azonban a mala fides akár a kezdettől fogva volt meg, akár csak superveniens volt, nem ártott.

Ha az elévülés ily módon bevégződött, akkor ez azzal a hatással járt, hogy felperes keresetével szemben alperes praescriptioval élhetett (praescriptio triginta annorum s. longissimi temporis stb.). A biró tehát nem vehette hivatalból figyelembe, nem ipso iure hatott, hanem csak ope exceptionis.

Már a szakasz elején kifejtettük, hogy az igény elévülésével maga a jog nem szünik meg, dologi jog esetén az igény tovább is érvényesíthető bárkivel szemben (kivéve azt, ki ellen a kereset elévült és a ki ennek a jogszerű successora), a kötelmi jogoknál ugyan nem érvényesíthető, de azért a jog, mint naturalis obligatio tovább is fenmarad. Így tartja ezt Dernburg, Savigny, Puchta és mások. Ellenben Baron, Vangerow, Wächter, Windscheid úgy vélekednek, hogy az igénynyel együtt maga a kötelmi jog is megszűnik.

Függelék: Az elévülés másik faja, az elbirtoklás originär jogszerző, tehát jogkeletkeztő tény lévén, nem tartozik ide az általános részbe, hanem azon egyes jogok tárgyalásába, melyek általa megszerezhetők.

47. §. Egyéb jogi tények.

A jogi hatással felruházott tények, azaz azok a tények, melyekhez, mint feltételekhez, a jog valamely parancsot vagy tilalmat fűz, enumerálhatlanok, fel nem sorolhatók. Kajuch (121. old.) külön felemlíti még a tévedést és nem tudást. A tévedés tanát a jogügyletekkel kapcsolatban tárgyaltuk. Itt csak annyit kivánunk megjegyezni, hogy megkülönböztetnek *error iurist* és *error factit*. Error iuris a jogszabályban való tévedés, a jog nem tudása, error facti a tévedésnek azon fajai, melyeket a jogügyletek tanában előadtunk. Régi jogi közmondás, hogy iuris ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Ez azonban nem áll. A facti ignorantia, az error facti, mint láttuk, csak bizonyos esetekben mentesít az ügylet alól, tehát nem mindig non nocet, és az error iuris sem mindenkinek nocet. Így a jog nem tudására hivatkozhatnak a kiskorúak, asszonyok, katonák, parasztok. Kajuch a közönséges szóhasználat szerint tévedésnek nevezi a bona fidest, a jóhiszeműséget is, tévedés valamely dologi jogban, az a hiszem, hogy nekem valami jogom van, holott nincs még. Ennek a bona fidesnek számos joghatása van. Bővebben a tulajdonjog fejezetében, az elbirtoklásnál lesz róla szó. Tévedés továbbá a szóhasználat szerint, ha tartozatlan kötelmet teljesítek, azért, mert azt hittem, hogy tartozom vele.

Ezekről és a többi jogi tényekről a különös részben, a belőlük eredő jogoknál lesz szó.

IV. FEJEZET. FÜGGELÉK AZ ÁLTALÁNOS RÉSZHEZ.

48. §. A jogok gyakorlása.

A pandektakönyvek szerint minden alanyi jog cselekvési szabadság lévén, a jog gyakorlása nem egyéb, mint ezen cselekvésnek véghezvitele, az alanyi jog nyujtotta szabadsággal való élés. Ez nyilvánvalóan nem áll. Az alanyi jog nem cselekvési szabadság, hanem az érdekemben kibocsátott jogparancs, melynél a másodtétel be- vagy be nem állása tőlem függ. A jog nem adja az élvezetet, a cselekvési lehetőséget, ő csak biztosítja. Hogy a tulajdonos a maga dolgát használhatja, azt nem a jog adja, a jog csak biztosítja ezt a használatot. Mikor tehát a tulajdonos tényleg használja a dolgát, nem jogát gyakorolja, mikor az almáját megeszi, óráját eladja, zálogba adja, nem jogát gyakorolja, hanem gyakorolja azt, mit a jog védeni akar, a mit biztosítani akar. Ez a terminus tehát, hogy joggyakorlás, nem állja ki a kritikát, az alanyi jog helytelen definitiojának a következménye és nem jelent egyebet, mint gyakorlását azoknak a cselekményeknek, használatát annak az érdekkörnek, melyet a jog védeni akar.

A pandekták e titulus alatt a szabályoknak egy bizonyos csoportját tárgyalják, a melyeket, minthogy az eddigiekben róluk nem volt szó, mi is itt adunk elő. Némely jogok egyszeri gyakorlás által megszűnnek, mások nem. Ez annyit jelent, hogy némely jogoknál azon állapotnak, melyet a jogparancs czéloz, véd, egyszeri megvalósítása a jog elvesztéséhez, megszünéséhez visz. Ilyen a legtöbb kötelem és ilyen az igény. Ha igényemet egyszer érvényesítem és czélt érek, akkor az megszűnik. Ha a színházba váltott jegyen bemegyek az előadásra s azt végig nézem, megszűnik a színházzal kötött műbérszerződésem stb. Azonban a kötelmi jogok között is vannak olyanok, melyek valamely cselekvésnek, állapotnak hosszabb gyakorlását, tartását czélozzák, védik. A bérlő, ha beveti a földet, oly cselekvést végez, melyet bérleti joga véd, ezen cselekvés által még sem veszti el jogát. A dologi jogok tartósabb gyakorlatot, állapotot biztosítanak, védenek, a nekik megfelelő állapot egyszeri gyakorlással nem szűnik meg. A jog gyakorlása (rövidség kedvéért mi is így nevezzük) a jogosult tetszésétől függ, senkit sem lehet joga gyakorlására kényszeríteni. Másrészt azonban a jogunkkal való nem élés bizonyos hátrányos következményekkel jár (l. elévülés). Jogunkat gyakorolhatjuk tekintet nélkül arra, vajjon hátrányos-e az másra, ellentétben van-e másnak a jogával. Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam, neminem laedit. Nem szabad azonban jogunkat minden érdek nélkül, pusztán másnak bosszantására, chicane czéljából gyakorolnunk. Azt persze, hogy jogunk gyakorlásában érdekünk van, nem nekünk kell bizonyitanunk, hanem annak, a ki abban a maga chicanirozását, bosszantását látja, kell bizonyítania, hogy nekünk

semmi érdekünk sem volt a jognak őt sértő gyakorlásában. Ennek bizonyítása pedig rendkivül nehéz, szinte lehetetlen. Iustinianus (63. nov.) szerint a konstantinápolyi telek tulajdonos nem építhetett magas falat csak azért, hogy a mögötte fekvő háztulajdonosok elől elzárja a tengerre való kilátást. Hogy jogunk gyakorlása, illetve megkezdett gyakorlásának folytatása másnak jogát sérti, mást jogának gyakorlásában akadályoz *(jogösszeütközés)*, nem ok arra, hogy a gyakorlást abbahagyjuk. Ilyenkor áll a szabály: melior est conditio possidentis, occupantis, a ki kapja, az marja. A hasonlóan jogosultak közül az gyakorolhatja jogát, a ki előbb fogott a gyakorláshoz, még ha általa a többiek joga gyakorolhatatlanná válik is, elvész. Ha egyik sem előzi meg a másikat, akkor egymást korlátozzák, megosztják az élvezetet, hacsak egyiknek privilegizált joga nincs, némely esetekben a sorshúzás dönt köztük.

A joggyakorlás a pandektajog szerint megengedi a képviseletet, néhány jogot pl. a usust kivéve. A hol a képviselet meg van engedve, ott átengedhetjük másoknak a jognak gyakorlását úgy is, hogy azt a maguk érdekükben gyakorolják. Ez Windscheid szerint kétféleképen történhetik. Vagy úgy, hogy a jogosult csak kötelezve van a maga jogának gyakorlását másnak átengedni, vagy pedig úgy, hogy ez a ki a jog gyakorlását nyeri, önálló jogot nyer a más jogának gyakorlására. Pl. megveszem más haszonélvezetének a gyakorlását, másnak a követelését, zálogba kapom valakinek követelését stb.

49. §. A jogok védelme. Bitzositási intézmények.

A ki az én érdekemben kibocsátott parancscsal, vagy tilalommal ellentétbe helyezkedik, megsérti a jogomat. Hogy a jogrend ily jogsértéssel szemben megvédjen engem, azaz, hogy egyrészt a még meg nem történt sértést megakadályozza, másrészt a már megtörtént sértést jóvátegye, és lehetőleg szük térre szorítsa, különböző intézményeket léptet életbe. Ilyenek a jognak azon parancsai, melyekkel biztosítékadást rendel, ilyenek azok az intézmények, melyek igényem érvényesítésére szolgálnak, az önsegély, a birói érvényesítés és a végrehajtás, és ide tartozik az előbbi állapotba való visszahelyezés, az in integrum restitutio. Ezek közül már részletesen letárgyaltuk az önsegélyt, annak két faját különböztetve meg: az önvédelmet és önhatalmat, és részletesen szólottunk az igény birói érvényesítéséről, az actioról, exceptioról, kifogásról. A továbbiakban még a biztositékadásokról és az in integrum restitutioról fogunk szólani.

A római jog az igénynek biztosítására több intézményt fejlesztett ki: a cautiokat, a sequestratiot, a birtokba utalást (missio in possessionem), az interdictumokat, inventarium készitést és a retentio jogát.

Cautio tágabb értelemben oly intézkedés, mely valamely igénynek a jövőben való érvényesítését biztosítja, szükebb értelemben oly biztosítás, melyet valaki másnak vagy már meglevő, vagy csak később leendő kötelezettség teljesítése iránt nyujt. A cautionak különböző fajait ismerjük. Alapjuk szerint megkülönböztetünk *cautio necessariat* és *cautio voluntaria* vagy *conventionalist*. Cautio necessaria az, melyet valamely jogintézmény, praetori rendelet alapján követelhet egyik a másiktól, pl. a cautio usufructuaria (l. szolgalom), damni infecti (Kajuch 186. old.), legatorum servandorum stb., ellenben cautio voluntaria s. conventionalis a felek megegyezésén (rendesen stipulation vagy contractus pigneraticius irregularison) alapul. Ilyen ma a pénztárnok, a bérlő cautioja.

Azon eszközök szerint, melyekkel a biztosítást nyújtjuk, megkülönböztetünk verbalis, realis, és iuratoricus cautiot. A verbalis cautio (*cautio promissoria*) a római jogban stipulatio formájában ment végbe. Az ilyen cautioadást rendesen a praetor rendelte, kinek edictuma erre vonatkozó formularekat is tartalmazott. Az olyan stipulatio, melynek megkötésére a praetor kötelezte a feleket, *praetoria stipulatio*. Ilyen stipulatiora a praetor nemcsak cautio adása céljából kötelezte a feleket(*stipulatio cautionalis*), hanem voltak másféle praetori stipulatiok is. Névszerint: *stipulatio iudicialis,* mely az itélet teljesítésének biztosítására szolgált (l. Kajuch 157. old. IV. cautio iudicatom solvi), *stipulatio communis*, quae fiunt iudicio sistendi causa. A stipulatio cautionalis arra szolgált, hogy stipulatio alapján indithassa meg aztán az, kit a praetor védeni akart, a maga actioját ilyen pl. a cautio damni infecti. A praetori stipulatiok magyarázata ismét az a tétel, hogy praetor ius facere non potest. Ma pl. jogszabály rendeli azt, hogy a haszonélvező a haszonélvezet leteltével a dolgot a tulajdonosnak visszaadja. Ma vi legis terheli az usufructuariust ez a kötelezettség, a római jogban nem. Már most a praetor mégis kötelezni akarta erre a felet. Ő maga azonban nem akart jogot alkotni, parancsolni, hogy te haszonélvező add ki a dolgot a tulajonosnak, ha jogod lejárt. Ezt ő nem akarta tenni, de hogy célját mégis elérje kerülővel élt. Azt mondta; te usufructuarius csak akkor vagy köteles a dolgot salva rerum substantia kiadni, ha te magad kötelezed magadat arra, ha magad vállalod el ezt a kötelezettséget. Méltányos azonban, hogy erre kötelezd magadat és ezért azt rendelem, hogy kötelezd magad erre, hogy köss ilyen stipulatiot (stipulatio, cautio usufructuaria.) Nem azt mondja a praetor, hogy, ha a te házad szomszédodat beomlással fenyegeti, javittasd ki, illetve adj kártérítést, hanem kerülővel úgy szól: köss szomszédoddal stipulatiot, melyben te magad kötelezd magadat az esetleges kár megtérítésére (cautio damni infecti). Ilyen esetben a római jogban vi negotii előálló kötelezettség jött létre, holott ma ezek többnyire vi legis állanak fenn.

A sanctio lehet másodszor eskübeli, iuratoricus (*iuramentum*

promissorium) és harmadszor realis cautio. A realis cautionak megint két esete van, vagy kezest állítunk (*satisdatio*, *cautio fideiussoria*) vagy zálogot adunk (*cautio pipneraticia*). Ez utóbbinak egyik ma igen gyakori alfaja, hogy a zálogba, cautioba adott dolgot (különösen pénzt, értékpapirokat stb.) a biztosítandónak tulajdonába adjuk, nem azzal a kötelezettséggel, hogy ugyanazt a dolgot adja nekünk vissza kötelezettségünk teljesitése után, hanem csak hasonló mennyiségű és minőségűt, (contractus pigneratitius irregularis). A legtöbb törvényes cautio satisdatio.

Kivételes szabályok állnak fenn a római jogban a fiscusra és városi községekre: ezek csak verbalis cautiot tartoznak adni. Telektulajdonosok, emphyteuták továbbá oly személyek, kik cautio fideiussoriat adni nem tudnak, végül personae illustres és bizonyos magas hivatalnokok perbeli cautiot eskü formájában adhattak.

Sequestratio. Valamely res litigiosanak letevése a perben nem érdekelt személynél (*sequesternél*) azzal a kikötéssel, hogy a dolgot a birói döntés után a nyertes félnek adja ki. Megkülönböztetünk *sequestratio necessariat*, a melyet maga a biró rendel el, és *sequestratio voluntariat,* melyben maguk a felek állapodnak meg. Az előbbinek alfaja a *sequestratio iudicialis,* melynél maga biró veszi magához a dolgot. (A feleknek a sequesterrel kötött szerződése a kötelmi jogba tartozik).

Missio in possessionem az a birói (praetori) intézkedés, melylyel a biró (a praetor) valakinek azt a felhatalmazást adja, hogy követelése biztositására másnak dolgát vagyonát birlalatba (detentioba) vegye. Ilyen engedélyt nyert a fizetés képtelen adós hitelezője (*missio in possessionem rei servandae causa*, a rómaiknál ugyanis a csőd *missio in possessionem in bona decoctorissal* kezdődött); ilyet nyer az olyan legatarius, ki feltételesen vagy diessel kap legatumot, ha a kötelezett cautiot nem akar adni *(m. in p. legatorum nomine),* és az oly legatorius, kinek keresetével szemben a legatummal megterhelt 6 hónap alatt sem védekezik, sem a hagyományt ki nem adja (*m. Antoniniana* a terhelt egész vagyonába), továbbá az, a kinek szomszédja cautiot nem akar adni (*m. in p. damni infecti nomine,* sőt itt bonitar tulajdonba utalás is lehet: *m. in p. ex secundo decreto*). Ilyen missio in possesionemet kap a nasciturus anyja (*hereditatis tuendae causa*, *ventris nomine*), az a serdületlen, ki mint az örökhagyó törvényes lemenője tart igényt az örökségre és ez a minősége nem valószinütlen *(m. in p. ex edicto Carboniano),* az örökségre meghivott őrült gondnoka (*m. in p. furiosi nomine),* végül a végrendeleti örökös, ha egy éven belül kéri *(m. in p. ex edicto Hadriano, missio Hadriana*). A beutalt detentiot és pignus praetoriumot nyert. A ki a beutaltat a dolog birlalatba vételében dolosusan megakadályozza, vagy a már birlalatba vett dolgot ismét elveszi, annak érdekét meg tartozik téríteni. De a beutalt a dolog birlalatba vételét kényszerúton is végezheti.

A retentionalis (visszatartási) **jog** az a jogosultság, hogy valaki egy szolgáltatást, melynek teljesítésével tartozik, mindaddig megtagadhat, mig az ellenfél bizonyos az ő kötelezettségével kapcsolatos ellenkövetelésének eleget nem tesz. Igy az eladó, a commodatarius, a záloghitelező a jóhiszemü birtokos visszatarthatja a dolgot, mig bizonyos kiadásokat neki a felperes meg nem térít, a telek tulajdonosa a telkére jutott idegen dolgot visszatarthatja, mig a dolog által a telken okozott kárt meg nem kapja. Sőt a zálog-hitelező a záloggal biztosított adósság teljesítése után még az ezzel a kötelezettséggel nem kapcsolatos követelések erejéig is bizonyos esetekben retinealhat. Visszatarthatja ugyanis a zálogot a tartozás lefizetése után is, ha még valami más követelése van. Ezt a retentionális jogot a perben exceptio doli generalissal érvényesíthetni.

Függelék. A jog biztosítására szolgál még az *inventarium*, leltárkészités, a *poena conventionalis*. Ezekről a különös rész megfelelő helyein lesz szó. (Az *interdictumra* vonatkozólag l. Kajuch 167. old. és Vécsey 232. old. különösen 233. old. III. pont.)

A jog védelmére szolgál a biztosításon kivül az igény mindhárom formájú érvényesítése. Erről az actiok tanában volt szó. Szólnunk továbbá tehát még csak in integrum restitutioval kell.

50. §. A jogok védelme. In integrum restitutio.

In integrum restitutio valamely hátrányos joghatásnak megszüntetése méltányossági okokból, a magistratusnak rendkivüli, közvetlen közbelépése utján. Ez az in integrum restitutionak technikai fogalma, tágabban azonban az előbbi állapotba való minden visszahelyezést jelenti, akár közös megegyezésen, akár birói intézkedésen alapul. Igy pl. in integrum restitutionak nevezik a vételnek actio redhibitoriaval való megszüntetését. Technikailag, szükebb értelemben azonban csak az imperium mixtummal biró magistratus útján (praetoria cognitio) történő arbitraricus, önkényes, tetszésétől függő visszahelyezés az előbbi állapotba. A restitutio in integrum auxilium extraordinarium, melylyel szemben az actiok és exceptiok auxilia communia. Subsidiarius természetű, csak ott nyerhet alkalmazást, hol actio és exceptio nem érvényesíthető, vagy nem nyujt teljes, vagy elég biztos védelmet. Csak az actio (illetve exceptio) doli és quod metus causa esetén lehet helye in integrum restitutionak is, mert ezen actio megindítása infamiaval jár, a mit a megtámadó esetleg nem akar. Az in integrum restitutionak sajátságai (praetoria cognitio és az arbitraricus volta) lassanként elvesztek. Egyrészt állandó szabályozást nyert, másrészt a biró hatáskörébe jutott, úgy, hogy ma már ép oly rendes védelmi eszköz, mint az actio és exceptio és csak abban különbözik ezektől, hogy subsidiarius jellegű és valamely jogállapot megszüntetését eredményezi.

A restitutio in integrum feltételei:

1. *laesio,* joghátrány;

2. *iusta causa restitutionis,* kellő alap a restitutio kérésére;

3. a restitutionak kellő *időben* való kérése. Erre Iustinianus 4 évi időt szabott meg, a régebbi jog pedig 1 annus utilist adott.

A laesionak nem kell okvetlenül damnum emergensnek, positiv kárnak lennie, hanem rendszerint elmulasztott haszon (lucrum cessans) is lehetett. Lucrum cessansért csak az esetben nem lehetett restitualni, ha a másik fél a restitutio folytán a már megszerzett által nagyon károsodott. Kismérvü kár fejében is van restitutionak helye, kivéve ha a restitutio által az ellenfélnek sokkal nagyobb kára van, mint a milyen a restitutiot kérőé (Windscheid, Baron, Dernburg). Iusta causai a restitutionak a *metus*, a *dolus*, a *status permutatio* (capitis deminutio minima) *error iusta*, *absentia necessaria* és *infirmitas aetatis* (kiskorúság),

Ellenben nem kérhet restitutiot,

a) a ki dolose okozta a maga kárát;

b) a kinek igénye 30—40 év alatt évült el;

c) a kinek dolgát a fisxcus idegenitette el;

d) kinek kára véletlenből támadt;

e) a descendens az ascendens ellen, ha csak a restitutio épen ennek a viszonynak megszüntetésére nem irányul: ez persze csak akkor lehet, ha ez a viszony adoptioból vagy birói itéletből ered:

f) a descendens azon örökség iránt, melyet neki deferaltak, de a melyet apja szerzett meg;

g) a megkötött házasság ellen.

Bár *kiskúroság* alapján helye van az in integrum restitutionak, mégsem kérhető;

a) ha a kiskorú magát nagykorúnak adta ki, vagy nagykorúságában az ügyletet jóváhagyta;

b) ha a kiskorú nagykorúsíttatott;

c) ha az ügylet esküvel van megerősítve;

d) ha kiskorú kiskorú ellen kéri az előbbi állapotba való visszahelyezést, és a vele megtámadt kiskorú az in integrum restitutio által tényleges vagyoni kárt szenvedne.

A római jog a restitutio tekintetében a kiskorúakkal egyenlő elbánásban részesíti a községeket.

Távollét miatti restitutionak helye volt,

1. ha a károsult lakhelyétől államszolgálat, fogság, alapos félelem miatt volt távol,

2. ha az ellenfél, illetve képviselője volt távol üzleti ügyben vagy fogság miatt,

3. a biró személyében fennálló bizonyos akadályok miatt és

4. hasonló esetekben az ú. n. *generalis clausula*nak megfelelően.

Ez a generalis clausula ugyanis a praetornak erre vonatkozó edictumának zárszava: *si qua alio mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam.* Ezt némelyek úgy értik, hogy a praetor bármely neki ezen fent említett iusta causan kivül iustanak látszó causából restituálhat, mások szerint ez csak a távolléti causákra vonatkozik, új távolléti iusta causokat ismerhet el. (Vécsey és Kajuch az első értelemben veszik.)

A restitutiot a károsult és universalis successora vagy az kérheti, kire ő a maga restitutionalis jogát cedálta. Megtámadható pedig véle az, a kinek javára a másikra nézve káros joghatás beállott, vagy ennek jogutódja; még pedig dologi jogoknál vagy örökségeknél minden birtokos, obligatiorius viszonyoknál pedig csak kivételesen harmadik személyek is. Igy természetesen a metus esetén mindenki megtámadható vele, a kinél a dolog van.

A restitutionalis pert a classicus római jog szerint az illető magistratus döntötte el maga decretumával, és ha a visszaállitott régebbi állapot tényleges megvalósításra szorult, akkor a biró tette meg a kellő intézkedéseket (*iudicium rescindens*). Ha pedig a laesio valamely keresetnek elvesztésében állott (pl. a kereset a távollét alatt elévült), akkor a iudicium rescindenshez* még *iudicium rescissorium* is járult, melyben aztán a kereset alapján a biró itélt. Pl. a laesio abban állott, hogy távollétem miatt actio depositim elévült. Kértem a praetortól in integrum restitutiot, azaz azt, hogy adja meg nekem újra az actio depositit. Ezt ő megtette iudicium rescindensben. De még ezzel maga a letét iránti per nem volt eldöntve, lehetséges, hogy a visszanyert actio depositimmel esetleg vissza is utasitanak. A iudicium rescindens után tehát még a felelevenedett actiom alapján pernek kellett következnie. Ez volt iudicium rescissorium.

A iudicium rescindensben hozott döntés hatása az, hogy az előbbi állapot teljesen helyreáll, mintha csak a megtámadt ügylet általában nem köttetett volna meg, illetve a kérdéses mulasztás nem esett volna meg.

Megjegyzés: Kajuch a praetoria stipulatiot, interdictumot, missio in pessessionemet és in integrum restitutiot átmeneti alakzatnak nevezi az ordo iudiciorum privatorum és extraordinaria cognitio közt (166. old.). Ez annyiban igaz, hogy ezek az eljárások rendesen a magistratus előtt folytak, és csak kivételesen jutottak a biró, a iudex elé. Nincs tehát meg bennünk okvetlenül az ordo iudiciorum privatoriumot jellemző caesura.

KÜLÖNÖS RÉSZ.

A) SZEMÉLYI JOG.

52. §. A személyi jog fogalma.

Az általános részben (52. old.) kifejtettük, hogy mit kell személyi jog alatt értenünk. A személyi jog tárgya, tárgygyal itt a jog által védett érdeket jelölve, a személy, annak teste és szelleme, belső és külső megjelenése. Hogy mi a személy, arról szintén volt már szó az általános részben (40. old.), a hol arra az eredményre jutottunk, hogy ezek a terminusok: személy, jogszemélyiség, jogalany, jogalanyiság mind egy fogalom megjelölésére szolgálnak. Jelentik t. i. azt a lehetőséget, hogy valaki az államilag védett érdekkörnek központja, viselője lehet. Ugyanezt jelenti az a terminus is, hogy valaki (ember, alapítvány, testület) jogképes, tehát a jogképesség. E mellett a képesség mellett meg kell különböztetni egy más képességet is, az ú. n. cselekvési képességet. *Jogképesség* az a lehetőség, hogy valaki (ember, alapítvány, testület) államilag védett érdekkörnek alanya, viselője lehet, jogalany lehet, ellenben a *cselekvési képesség* arra vonatkozik, hogy valaki (ember, alapitvány, testület) hatályosan végezhet cselekményeket, jogügyletet köthet, vétséget követhet el, vagyis saját cselekvésével *szerezhet* jogot. Ezt a két fogalmat azonban nemcsak az activ oldalon, a jogositványok, a jogok oldalán lehet megkülönböztetni, hanem a passivon, a kötelezettségek oldalán is. Passiv jogképesség tehát az, hogy valaki kötelezettségek alanya lehet, passiv cselekvési képesség, hogy saját cselekményével (ügylettel, vétséggel stb.) szerezhet, vállalhat kötelezettséget.

Ellentétben tehát ez a két képesség úgy áll, hogy a jogképesség a jogban és kötelezettségben való benmaradásra, a cselekvési képesség pedig a megszerzésre vonatkozik. Csakhogy ez nem all egészen. Hogy valaki a jogviszonyban akár mint jogosított, akár mint kötelezett benne lehessen, benne maradhasson, okvetlenül szükséges, hogy abba a jogviszonyba belejutott legyen. Ennélfogva a jogképesség nemcsak azt a képességet jelöli, hogy valaki jogalany

lehet, hanem azt a lehetőséget is, hogy a jogviszonyba belejusson, hogy az activ vagy passiv jogalanyiságot megszerezze. Ebből a szempontból a jog- és cselekvési képesség úgy áll egymással szemben, hogy cselekvési képesség az a lehetőség, hogy valaki a saját cselekményével (ügylet, vétség stb.) szerezhet jogot vagy kötelezettséget, míg jogképesség az a lehetőség, hogy az ember, a testület, az alapitvány, nem ugyan saját cselekményével, hanem egyéb tény nyel, a mit úgy szokás mondani: ex lege nyerhet jogot vagy kötelezettséget. Erről az oldalról tekintve jog- és cselekvési képesség nem két különböző valami, hanem csak két foka ugyanegy képességnek. De ez csak ebből az egy szempontból áll, minden egyéb tekintetben ez a két fogalom teljesen divergál egymástól. Mert míg a cselekvési képesség csak a szerzés momentumára vonatkozik, csak azt jelenti, hogy valaki cselekményével szerezhet jogot és kötelezettséget, de nem jelenti egyszersmind azt is, hogy benne maradhat az általa teremtett jogviszonyban, megtarthatja a cselekményével szerzett jogalanyiságot, addig a jogképesség erre is kiterjed, a jogviszonyba belejuthatást és benne megmaradhatást egyesiti. És minthogy a jogalanyiság, a jogviszonyban benmaradhatás már fogalmilag feltételezi a belejutást, innen van, hogy a jogképesség meghatározásánál ez utóbbi momentumra nem szoktak figyelemmel lenni, hogy igy annál élesebben különválaszthassák a jog- és cselekvési képesség fogalmát.

Jog- és cselekvési képesség egyesülhet valakiben, de meglehet egyik a másik nélkül is. A római rabszolgának volt cselekvési, de nem volt jogképessége, azaz köthetett pl. ügyletet, de ő abból jogot nem szerezhetett, kötelezettséget nem vállalhatott, a mit szerzett, urának szerezte. Viszont a 7 éven aló i gyermeknek volt jog-, de nem volt cselekvési képessége, azaz pl. tulajdonos, szolgalmas stb. lehetett, de mindezeket a jogokat és kötelezettségeket saját ügyletével, delictumával nem szerezhette, ügyletet nem köthetett, delictuma nem volt delictum.

A cselekvési képesség a cselekmények két főfaja szerint ismét kétféle. Megkülönböztetünk ugyanis *ügyleti és vétségi* képességet (ez utóbbinak neve beszámíthatóság), mert más feltételekhez lehet (és van) kötve az, hogy valaki ügyletet, másokhoz, hogy vétséget vihessen véghez, hogy ügyletből, illetve vétségből jogokat és kötelezettségeket hozhasson létre. Az ügyleti képesség ismét más és más az egyes ügyleteknél, a mennyiben az ügyleti képesség általános feltételein kivül még specialis követelmények is megkivántatnak egyes fontosabb ügyleteknél. Igy szólhatunk vételi, végrendelkezési, örökbefogadási, váltó stb. képességről. Meg kell továbbá különböztetnünk a cselekvési képesség két fokát, ú. n. *alsóbb és felsőbb cselekvési képességet*. Alsóbb vagy korlátolt cselekvési képesség a lehetőség, hogy cselekményünkkel előnyt szerezhessünk, tehát jogot szerezzünk, illetve valamely kötelezettség alól mentesüljünk, felsőbb

cselekvési képesség pedig a lehetőség, hogy cselekményünkkel hátrányos helyzetbe jussunk, azaz kötelezettséget vállalhassunk, illetve jogot feladjunk. Ez különben ugyanaz, a mit az activ és passiv jelzőkkel is szoktunk jelölni.

Az állami jogparancsoknak, jogszabályoknak egy nagy tömege már most arra vonatkozik, hogy milyen kellékek, feltételek szükségesek ahhoz, hogy valaki jog-, illetve cselekvési képes legyen, hogyan keletkezik, változik, szűnik meg, miképen védetik ez a kétféle képesség. Ezek a szabályok természetesen a személyi jog körébe tartoznak, hiszen a személyiségre vonatkoznak. Kérdés azonban, vajjon ezek a szabályok alanyi jogszabályok-e, illetőleg alanyi jognak tekinthető-e a jog- és cselekvési képesség? A kérdés és felelet itt ugyanaz, mint az örökjognál (54. old.). Láttuk, hogy az örökjog, ha általában alanyi jognak minősitjük, abban a lehetőségben áll, hogy valaki az ő nyilatkozatával másokat kizárjon az örökségből és magának szerezze azt meg. Nem egyéb tehát az örökjog, mint lehetőség, hogy valaki bizonyos jogok alanyává legyen, képesség arra, hogy az örökhagyó jogainak és kötelezettségeinek alanya lehessen. Ha ez a lehetőség, ez a képesség alanyi jog, akkor a jog- és cselekvési képesség is az. Mert hisz az örökjog is voltaképp csak jog- és cselekvési képesség megszorítva egy kisebb körre, t. i. az elhúnyt jogaira és kötelezettségeire. Ép oly megszorított körű jog- és cselekvési képesség, mint a képesség az ajánlat elfogadására, a res nullius elfoglalhatására, az occupatióra.

Az alanyi jognak az a definitiója, a melyből mi kiindultunk (38. old.) kizárja azt, hogy akár az örökjogot, akár pedig az általános jog- és cselekvési képességet alanyi jognak tekintsük. Ha azonban, mint azt a kézikönyvek általában teszik, az örökjogot külön subjektiv jognak veszszük, a következetesség azt is megkivánja, hogy a jog- és cselekvési képesség tanát is mint ilyent tárgyaljuk. Megkönnyíti ezt a módszert még az is, hogy ennek a tannak ép oly külső aspectust lehet adni, mint az alanyi jogok tárgyalásának. Mi t. i. az összes alanyi jogokat egységes módszer szerint akként fogjuk tárgyalni, hogy szólunk először az illető jog tartalmáról, keletkezéséről, aztán változásáról, majd megszűnéséről és végül védelméről, azaz a jog megsértéséből fakadó igényről és érvényesitéséről. Ugyanezt a módszert követhetjük a jog- és cselekvési képesség tárgyalásánál is és szólhatunk a jog- és cselekvési képesség keletkezéséről, változásáról, megszűnéséről, sőt, mint látni fogjuk, védelméről is. Ez azonban csak külsőség, forma, mely nem lehet döntő criterium annak megitélésénél, hogy subjectiv jognak tekintsük-e vagy sem.

Az általános részben érintettük azt az anyagot, melyet a személyi jog körében tárgyalni lehet. A fent kifejtett szempontból ehhez az anyaghoz csatoljuk még a jog- és cselekvési képességet is, és pár vonásban megpróbáljuk a tárgyalásnak ezt a módját

vázolni. A személyi jognak ilyetén felfogása és tárgyalása különben meglehetősen ismeretlen az irodalomban, csupán Gierke: Deutsches Privatrechtje szól a személyi jogról némileg hasonlóan.

I. FEJEZET. AZ EMBER.

53. §. Az ember jogképességének tartalma.

Ma minden ember jogképes; nem így volt Rómában, a hol a rabszolga minden jogképességet nélkülözött. Ennélfogva a római jog a születésen kivül ismert egy más tényt is, melyből a jogképesség keletkezik, t. i. a rabszolga szabadonbocsátását, a manumissiót. Ez az egyik különbség a mai és a római jog között. A másik pedig az, hogy míg ma a jogképesség elvileg egységes, addig a római jog különböző fokait ismerte a személyiségnek, a jogképességnek. Ezeket az egyes fokokat a római jog háromféle szempontból vizsgálta. Vizsgálta először a szabadság szempontjából, ez adta a *status libertatist*. Ebből a szempontból megkülönböztettek szabad embert, libert és rabszolgát, servust (homo szintén rabszolgát jelent a forrásokban) és a kettő közt közvetítő stadiumul a felszabaditottat, libertinust, nem szólva az ú. n. félszabadokról (statuliber stb.). A második szempont a polgárjog, a civitas szempontja (*status civitatis*) mely szerint megkülönböztettek civis Romanust, római polgárt és peregrinust, idegent. A kettő közé esett a Latinus és egyéb válfajok. A harmadik szempont a *status familiae*, a mely szerint megkülönböztettek családfőt és családhoz tartozót, más szóval önjogú embert (sui iuris, paterfamilias) és idegen hatalom alatt álló embert (alieni iuris, alieno iuri subiectus).

A fokozat a rómaiaknál ez volt:

Egyáltalában nincs jogkégessége a *rabszolgának*, a servusnak. Ez semmiféle jognak sem lehet az alanya, ő tehát jogi értelemben voltaképen nem személy, hanem dolog. (Igy áll ez elvileg, de a valóságban mégis különbség van a dolog és a rabszolga közt. A dologból sohasem lehet személy, a rabszolgából igen, vagyis a rabszolgának mintegy képessége van arra, hogy jogképessé legyen. Másrészt meg az sem áll egészen, hogy a rabszolgának semmiféle jogképessége sincsen, ő is lehet jogalany, t. i. naturalis obligatiója lehet.)

A rabszolgaság intézménye az ó-korban nélkülözhetetlen volt, ezért az antik világ nem is ütközött meg rajta. A kereszténység is csak 1839-ben nyilatkozott meg ellene hivatalosan. Hiszen Anglia még az utrechti békében magának köti ki az amerikai rabszolgaimportot. Csak 1806- és 1835-ben szabadítja fel Anglia a tulajdonosok kártalanitásával a rabszolgákat, sőt Braziliában ez csak 1888-ban történik.

A rabszolgaság kezdetére nézve csak coniecturák lehetségesek. A háborúskodás valószinűleg kezdetben csak üzlet volt, a melynél a legyőzött ellenségnek egy részét megölték, más részét elczipelték a győző személyes czéljaira. Az ilyen fogoly volt az első rabszolga, a kire az élet minden kellemetlen oldalát, első sorban a munkát áthárították. Igy találjuk már az ős időkben a szabad ember mellett az ő rabszolgáját. A rabszolgamunkára akkor szükség is van, mert nincs gépmunka.

A római rabszolgaságban három korszakot különböztetünk meg. Az első korszak a patriarchalis nemzeti korszak, a mely a púni háborúkig tart. A rabszolga főleg italiai háborúkból lett azzá, tehát voltakép rokon nemzetiségű. Aztán meg a római tudta, hogy esetleg ő is rabszolgává lehet. Ez a kettő magyarázza meg, hogy a rabszolgaság e korban custodia honesta. Ehhez hozzájárul, hogy a régi parasztgazdaságban csak kevés rabszolga volt. Ez hozza magával a rabszolgák enyhe helyzetét, kik ekkor közel állnak a mi cselédeinkhez. Igy pl. a saturnaliak ünnepén, egyszer az évben, az úr szolgálta a rabszolgát.

A második korszak a pún háborúktól az Antoniusokig tart. Ez a rabszolgaság virágkora. Ekkor már nemcsak a háború volt a rabszolgaságnak az eredete, hanem úgy adták-vették őket, és nemcsak italiaiakat, hanem ázsiai- és afrikaiakat is, és luxusczikké lévén, ezrével tartották őket az ergastrumokban. Igy már nem oly értékesek, mert sok az árú. 7 millió szabad mellett 14 millió rabszolga van Italiában. Az egy hatalom alatt lévő rabszolgák összessége a familia, a mely decuriókra oszlik, miknek élén szintén egy-egy rabszolga áll, a vicarius. A rabszolgákat ekkor nemcsak házi és mezei munkára használják, hanem tanításra, művészetekre stb. E korban a rabszolgák helyzete tűrhetetlen. Háromszor üt ki lázadás (Spartacus), napirenden vannak a vesszőzések, Crassus 6000 rabszolgát feszíttet fel a via Appian, a híres Cato Censorius zsarolja őket, saját rabszolgáinak a házasságra való engedélyt csak pénzért adja meg. A szabadok viszonya rabszolgájához nem áll a jog, hanem csak az illem, az erkölcs és ennek őre a censor ellenőrzése alatt.

A harmadik korszakban nincs annyi háború, nincs oly nagy anyag, másrészt meg terjednek a stoikus philosophia elvei. Igy nagyobb lesz a rabszolga értéke és kisebb a rabszolgaság terjedelme. Antonius Pius megtiltja a nőrabszolga-prostitutiót, a circusviaskodás már csak mint közbüntetés szerepel, nem szabad idegen rabszolgát megölni, sőt Constantinus már a saját rabszolga megölését is emberölésnek minősíti. Pius azt is elrendelte, hogy a templomba és a princepshez menekült rabszolgát, ha constatálható volt, hogy ura méltánytalanul bánt vele, eladják, ma azt mondanók, a szolga expropriáltatott, t. i. eladták és a vételárt az úrnak adták. Justinianus ezt így okolja meg: expedit enim rei publicae, ne quis

re sua male utatur, tehát közérdekre vezeti vissza. Gaius még úgy szól, hogy senkinek sem szabad rosszul bánnia a maga dolgával a saját érdekében, mely okból a tékozlónak is megtiltatik a saját kezelés. A jogérzet még ekkor megkivánta, hogy ne a rabszolga, hanem az úr érdekében legyen hozva a törvény.

A rabszolgának jogi állása különben a következő: ő nem személy, hanem dolog. Urának korlátlan hatalma van felette. Ezt a hatalmat drasticusan fejezi ki a ius vitae ac necis, a dominus élet és halál ura. E miatt az újabb germanisták és a középkori egyházi irók szemrehányásokkal illették a rómaiakat. Csakhogy a jogalakulatot meg kell különböztetnünk a practicus élettől. A közvélemény és ennek őre a censor felügyelete alatt állott az úr bánásmódja rabszolgájával szemben. Aztán meg a germánoknál se volt jobb a Leibeigenschaft: Er ist mein Eigen, ich kann ihn sieden, ich kann ihn braten. A ius necist már csak azért sem gyakorolták a rómaiak, mert a rabszolga becses jószág volt. Különben ez a jog nem volt singularitas, hanem szabály volt a régi jogban. Hasonló volt pl. hozzá a hitelezőnek adott jog. A 12 táblás törvény szerint a hitelező adósát börtönbe vetheti, eladhatja trans Tiberim. Sőt ha többen vannak hitelezők, az adóst szétvághatják és csak az a baj (némely magyarázók szerint az sem baj), si plus minusve secuerint. Ezt sem kell szó szerint venni. Igaz, hogy eleinte minden jogvédelem a boszúvágynak hatalma alatt áll, minden jogtalanságot személyes sértésnek tekintenek és vérboszúval büntetik, akár vagyoni, akár egyéb jogtalanság volt, de a 12 táblás törvény idejében Rómában már magasabb cultura volt, ekkor ius vitae ac necis a gyakorlatban már nincs. Persze a jogi forgalomban a rabszolga mégis csak dolog volt. Mindazok a vonatkozások, a melyek a dolgoknál előfordulhatnak, megvannak a rabszolgánál is: tulajdonnak a tárgya, többen is birhatják, lehet rajta szolgalmi jogot szerezni, el lehet zálogosítani, el lehet adni stb. De azért a rabszolga helyzete az életben nem volt ily dologszerű, sanyarú, nemcsak a keresztény császárság idején nem, hanem már réges-régen sem. Sőt ha változás van a rabszolgaság helyzetében, akkor a principatus idejétől kezdve inkább rosszabbá lesz, semmint javul. Jogilag a rabszolgának nincs vagyona, ténylegesen az életben van peculiuma. Ez jogilag az úré, de a római ember szégyelte volna ezt a rabszolgától elvenni és annyira respectálta, hogy akárhányszor a servus ezen vásárolta meg urától a szabadságot. A személyiség terén sem áll egészen, hogy a rabszolgának nincs személyisége. Mert ha az ember barmot rúgott fel, akkor az úrnak actio legis Aquiliaeje volt a sértő ellenében, ha pedig rabszolgát sértettek meg, az már becsületsértési perre vezetett, a személyiség védelmére szolgáló actio iniuriarum volt indítható. A rabszolga elvileg ugyan dolog, de azért személyesen is le van kötelezve urával szemben. Nemcsak tárgya ő a tulajdonnak, a dominiumnak, hanem kötelezett alanya is a dominica potestasnak.

A rabszolga több a dolognál, mert elismertek benne bizonyos jogi tehetségeket, melyeket a dolgoknál nem látunk. A rabszolga cselekvőképes, köthet ügyleteket, de nem a maga részére. Ez a dominica potestasnak az eredménye. A rabszolga szükségszerű képviselője az urának, azaz akár akar, akár nem, ügyleteiből a jogokat urának szerzi. Kötelezettségeket, terheket már magamagának is szerezhet, vállalhat, csakhogy az ilyen kötelezettség csak naturalis obligatio, azaz birói úton nem érvényesíthető. A rabszolga t. i. be nem perelhető, de azért, ha ő mégis kifizeti ezt az adósságot a maga peculiumából, vagy pedig ha kifizeti az úr, akkor ez valóságos fizetés (solutio), nem megy ajándékszámba, nem donatio, többé vissza nem követelhető. Igy vagyunk az ügyleti kötelmekkel. Ha azonban a rabszolga vétséget követ el, akkor ura felel a kárért, még pedig nemcsak naturaliter, hanem civiliter, beperelhetőleg. Csakhogy ezzel szemben az úr noxae datióval szabadulhat, azaz a károsultnak kártérítés helyett magát a rabszolgát adja ki.

Minden jogállapotnál, melylyel foglalkozunk, a következő kérdést kell felvetnünk: mi a tartalma, hogyan keletkezik, változik és szünik meg. Igy a rabszolgaság jogi helyzete után át kell térnünk a keletkeztető tényekre. A rabszolgaság keletkezik születés által. A rabszolganő (serva, ancilla) gyermeke is rabszolga. A rabszolgánál és minden törvénytelen gyermeknél ugyanis a status az anya szerint megy, holott különben az atya szerint. De ha az ancilla a terhesség ideje alatt csak egy pillanatig volt is szabad, akkor a gyermek szabad lesz. Keletkezik a rabszolgaság másodszor azzá levés által. Azzá lehet valaki vagy a ius gentium, vagy a ius civile szerint. Iure gentium lesz az ember rabszolgává a fogságba ejtés által. Ez az egész antik világ felfogása: az ellenség jogtalan, és ebben bizonyos viszonosság volt. Nemcsak Rómában lesz az elfogott idegen rabszolgává, hanem a római jog azt is elismeri, hogy az idegen fogságba került római szintén nem szabad ember, hanem római jogi szempontból is rabszolga. Ha persze visszatér a fogságból, ismét szabad ember, még pedig ex tunc (a fogságba esés pillanatától kezdve) tekintetik szabadnak, azaz úgy, mintha sohasem lett volna rabszolga. Ez a jog, hogy ismét szabaddá lesz, a ius postliminii. Ha pedig a fogságban halt meg, halála is ex tunc számít, azaz a fogságbaesés pillanatában, vagyis szabad emberként tekintetik meghaltnak. Hogy ő ex tunc tekintetik szabad, illetőleg meghaltnak, az ellenkezik a valósággal, ez voltaképen hazugság, vagy legföljebb feltételezés, tehát fictio. És pedig a fogságba esett római emberre vonatkozó ez a fictio fictio legis Corneliaenek neveztetik. Rabszolgává lehet a szabad ember iure civili is, így közbüntetés által pl. a biróság elitél valakit arenai küzdelemre. Az ilyen rabszolgák a servi poenae. Ezeknek egy különös esete a következő: Rómában voltak egyesek, a kik pénzre szorulván, magukat rabszolgákként eladatták, de azután megint kipereltették magukat a praetornál,

hogy hiszen ők szabadok, és re bene gesta zsebrevágták a vételárat. Ezért rendelték aztán el, hogy a ki ilyen csalás czéljából adatja el magát, az büntetésül rabszolga maradjon, feltéve, hogy 20 évnél idősebb, mert különben más büntetést kapott.

A rabszolga állapotának változásáról beszélni nem lehet, mert a rabszolgaságban csak egyféle fok és állapot létezett. A mi végül a rabszolgaság megszüntét illeti, minthogy ez által (eltekintve a rabszolga halálától) jogképes ember keletkezett, nem itt, hanem a jogképesség keletkezésénél fogunk szólani.

Itt említendők azok az átmeneti stadiumok, melyek a liber és a servus közt foglaltak helyet. Ezek a félszabadok. Ilyen a statuliber, a végrendeletben feltételesen szabadonbocsátott, a ki függő állapotban van, ha t. i. a feltétel bekövetkezik, ipso facto szabad, ha nem következik be, ipso facto rabszolgává lesz ismét. Ilyen továbbá az addictus, a fizetni nem tudó adós, ki adóssági fogságra van odaitélve a hitelezőnek. Ide tartozott az ab hostibus redemptus is. Hazafias kötelesség volt ugyanis az ellenség kezébe került rómait kiváltani, ez a kiváltott a kiváltó hatalmában maradt kézi zálogul, hogy családja a kiváltásért fizetett összeget megtérítse neki. Iustinianus egy constitutióban elrendelte, hogy ez az állapot legfeljebb öt évig tarthat. Félszabad a bona fide serviens is, oly szabad, a ki azt hiszi magáról, hogy rabszolga. Ez a félszabad állapotban marad mindaddig, míg a biróság előtti vindicatio in libertatem folytán nem lesz szabaddá. Félszabad még a mancipiumban levő, a viadornak szegődő és a colonus vagy glaebae adstrictus, a Leibeigen, a jobbágy.

Elvileg tehát semmiféle jogképessége sincsen a rabszolgának.

Már nagyobb jogképességük van a rabszolgaságból felszabadultaknak, a libertinusok-nak. Ezeknek nem volt ius honorumuk, tisztségeket nem viselhettek, nem köthettek házasságot senatori ranguval, felszabadítójuk (patronus) és annak örököse iránt obsequiummal és reverentiaval tartoztak, csak a praetor engedelmével idézhették perbe, becstelenítő keresetet általában nem indithattak ellene, alimentationalis (tartási) kötelezettségük volt iránta (de viszont neki is ő irántuk, ha elszegényedtek), és ha felszabaditásuk előtt bizonyos ingyenszolgálatokra kötelezték magukat (iurata operarum promissio), ezekre jogilag voltak szoríthatók.

A rabszolgánál nagyobb, de még mindig csak kisfokú jogképességük volt a bár szabad, de idegen embereknek, a peregrinusoknak. Ezek, mint idegenek, eredetileg jogtalanok voltak, de idővel elismertetik jogképességük, a ius gentium alatt állottak, annak jogait elérhették, ezekben jogalanyok lehettek. Később már a ius civilebeli jogok alanyaivá is lesznek, sőt ez az osztály Caracalla óta, a ki a civitast mindenkinek, ki Róma területén élt, megadta, meg is szünt. A peregrinusok egy alacsony osztálya volt régebben a de-

diticii, kik azért részesültek a többi peregrinusnál rosszabb bánásmódban, mert fegyverrel kezökben adták meg magokat. Rómában nem lakhattak, ha mégis ott találtattak, rabszolgákként eladták őket és szabadokká többé nem lehettek. Ez az osztály Caracalla idejében nem szünt meg, fentartotta magát, mint a szabadonbocsátott rabszolgák alacsony osztálya.

A peregrinusnál nagyobb jogképessége volt a *Latinus*-nak. Ez a jogképesség eleinte tényleg csak a Latiumban lakókra vonatkozott, később egész Italiára, sőt azon túl egyes területek lakóira is kiterjesztetett, úgy hogy a ius Latii helyi terminusból jogi terminussá lett és azt a jogképességet jelentette, hogy valaki vagyonjogok alanya lehet, ius commerciije van, de nincs ius connubiije. Caracalla óta ez a jogképesség csak a felszabadítottak bizonyos osztályának volt meg (latini Iuniani), azzal a különbséggel, hogy ezek a felszabaditás útján lett latinusok nem végrendelkezhettek (ez tehát a cselekvési képességnek volt megszorítása).

A jogképességnek következő foka volt a filius familiasé, illetve tágabban az *alieni iurisé*. Az ő jogképessége nem terjed ki a vagyonjogokra és ezért ép úgy, mint a rabszolga mindent urának, a pater familiasnak szerez. Nincs manusa a felesége, patria potestasa a gyermekei fölött, nem végrendelkezhetik (ez már a cselekvési képességre vonatkozik). Csak adósságait szerzé önmagának, azokra civiliter, beperelhetőleg van kötelezve, csupán azzal a megszorítással. hogy végrehajtás nem indítható ellene, hisz nincsen vagyona. Megvan továbbá neki a ius connubiije és a rabszolgához hasonlóan van peculiuma is, még pedig az apától kapott vagyon a peculium profecticium, a mit mástól kapott, p. adventicium, a hadban szerzett a p. castrense, és mikor a kereskedelem és ipar is elismertetett, az itt szerzett vagyon a p. quasi castrense.

Ismét más jogképessége van az *emancipatus*-nak. Ennek meg van ugyan a jogképessége mindazon jogokra, mikre a filius familiasnak nincs, de másrészt nem illetik meg az agnationalis jogok. Erről különben bővebben lesz szó a családi jogban.

A jogképesség legmagasabb fokán állt végre, valóban civis optimo iure, teljes jogú volt a *sui iuris*. Ennek van commerciuma és connubiuma, képessége úgy vagyon-, mint családjogokra. (Sui iuris mindenki tekintet nélkül a korra, a ki nem áll pater familias alatt).

Igy volt ez a rómaiaknál. Jogképessége, ma elvileg minden embernek van, még pedig egységes. Ez persze nem zárja ki, hogy bizonyos árnyalatokat fel ne tüntessen és hogy e szerint szűkebb vagy tágabb körű ne legyen. Igy a nem kereskedőnek nem lehetnek oly jogai, melyek csak a bejegyzett kereskedőt illetik meg, a nőnek, az idegennek, a becstelennek nincs képessége oly jogokra, mikre más személyeknek van stb.

A jogképességre tehát bizonyos állapotok befolyással vannak. Igy a *nem*, a nőnek ugyanis a római jogban sem politikai jogai,

sem családi hatalmi jogai (patria potestasa, manusa stb.) nem lehetnek, életfogytiglan gyámság alatt áll, a jog nem tudása mentségül szolgál neki, kezessége nem kötelezi stb. Befolyással van továbbá a *kor*, a mennyiben az impubes sem közjogokat, sem családi hatalmi jogokat nem gyakorolhat, *az egészségi állapot*, *a becsület*, a *vallás*, a *lakhely*. Mindezek a körülmények a cselekvési képességre is befolyással vannak.

A jogképességet az állam szabályozza, még pedig cogens szabálylyal. A jogképességet tehát magánintézkedés sem létre nem hozhatja, sem meg nem szüntetheti. A jogképességről lemondani nem lehet. Ezt a tételt, hogy a jogképességet az állam adja, sokan tagadják. Az észjogászok szerint ez a embernek veleszületett joga, ősjoga, mely felette áll a positiv jognak. Ennek helytelenségéről épen a római jog győz meg, hisz az ismert jogképtelen személyeket, rabszolgákat is.

54. §. Az ember jogképességének keletkezése.

1. Születés. Az ember természeti lény lévén, létele természeti törvények alá esik. De vajjon mikor jön létre az ember? A nemzéssel-e vagy a születéssel, ha ez utóbbival, akkor vajjon a megkezdett vagy a befejezett születéssel-e? Ezt már positiv jogintézkedésnek kell szabályoznia. A római jog a befejezett születést állapitja meg a jogképesség kezdetéül. A források megkivánják ehhez, hogy a gyermek teljesen kilépett legyen az anyatestből, a mi megvan már a köldökzsinór elvágása előtt is. A szülés természetes vagy mesterséges volta itt közömbös. Hogy a gyermek abortusnak ne tekintessék, a 7-ik hónapban szabad csak a világra jönnie, tehát 181 napig az anyaméhben kell maradnia a nemzés után.

Az anyaméhben levő magzat nem személy, nem jogképes, csupán mulieris portio est vel viscerum. Az állam, a jogrend ugyan már ekkor is bizonyos irányban gondoskodik róla, védi büntetőjogi sanctióval (magzatelhajtás tilalma) és a magánjognak is van egy csomó szabálya a leendő ember érdekeinek megóvására, kivált az örökjog terén, sőt bizonyos körülmények közt gondnokot is rendel neki. Ezek az intézkedések (l. Kajuch 91. old.) azonban nem a személyiségnek következményei, nem jogai a méhmagzatnak, mint nem előhatásai valóban a perfectté leendő ügyletnek a feltételes ügyletnek ú. n. előhatásai sem. Még fictiv személynek sem szabad a méhmagzatot tekintenünk, mint Rudorff, ki jogi személynek tekinti.

A megszületett gyermek csak az esetben lesz személylyé, ha élve jött a világra. Itt megint irrelevans, vajjon életben maradt-e, vagy rövid idő mulva ismét meghalt-e. Megkivánja azonban a római jog, hogy az élve született gyermek contra formam humani generis ne legyen, ne legyen tehát se monstrum, se prodigium.

Minthogy a szülés külsőleg észlelhető tény, könnyen bizonyít-

ható, innen a tétel: mater semper certa est. Nem így a nemzés, hiszen ez még a nemző észleleti körén is kivül esik és ezért egyáltalában nem bizonyitható. Házasságból született gyermeknél az atyaság kérdésében támpontul szolgál némileg a házas feleknek a házasságból folyó érintkezése. Ezen alapszik a vélelem: pater est, quem nuptiae demonstrant. A házasságon kivüli gyermeknél ilyes pótlása a bizonyításnak már nincsen.

Az apaságra vonatkozó fenti mondat nem veendő szó szerint. Csak akkor áll ugyanis, ha a szülés a házasság megkötése utáni 6 hó után, illetve megszünése utáni 10 hó előtt ment végbe. A házasságkötés első 6 hónapjában született gyermek törvényességét azonban csak a férj támadhatja meg, illetőleg minden bizonyitás nélkül tagadhatja, hogy ő az atyja és így a bizonyítási teher a gyermekre hárul. Az által, hogy a férj a törvényességet nem tagadja, a gyermek a törvényes gyermek jogállásába jut.

Még a hat hónapon túl született gyermek törvényessége is megtámadható. A bizonyitási teher itt a férjre hárul. Állitania és bizonyitania kell, hogy a születést megelőző 182—300 napon belül nejével nem közösült, vagy hogy nemzésre képtelen volt. Ezt nem kell ugyan akkép bizonyitani, hogy a nemzés absolut lehetetlenségét kellene kimutatnia, pl. hogy távol, beteg vagy impotens volt, de mégis úgy, hogy kétségtelenné tegye, hogy a nemzés valóban nem történt meg. Nem elegendő azonban sem az exceptio plurium concumbentium, sem az anya vallomása. Előbbi azért nem, mert nem zárja ki azt, hogy a gyermek a férjé, utóbbi pedig azért, mert vallomást csak saját hátrányunkra lehet tenni, nem pedig máséra, a gyermekéra.

Kötelességévé teszi a római jog a nőnek, hogy ha a házasság megszünte után anyának érzi magát, a házasság megszüntétől számitandó 30 napon belül ezt bejelentse, még pedig válás esetén elvált férjének, ha pedig a házasság a férj halála miatt szünt meg, azoknak, kik a törvényes gyermek születése miatt hátrányt szenvednek. A bejelentés elmulasztása megszünteti a gyermek törvényességére vonatkozó praesumptiót. Ugyanez a hatása van annak is, ha a férj a bejelentés vételével az apaságot tagadja.

A rokonság nem esik a felek rendelkezési hatalma alá és ezért a férj elismerése, hogy a nejétől származó gyermek az övé, a rokonság megállapitásánál csak bizonyitó eszköz. Az elismerés daczára is megtámadható a gyermek törvényes volta. Megállapítja ellenben ez az elismerés az atyasággal járó kötelezettségeket, az alimentatiót stb. A gyermek törvényességét nemcsak az apa támadhatja meg, hanem bárki, kinek jogi érdeke van benne, hogy a gyermek törvényesnek ne tekintessék, sőt még a gyermek is megteheti ezt.

A gyermek származására vonatkozó perben hozott itélet hatálya, ha a perben az állitólagos apa szerepelt, mindenkire kiterjed. Bár-

mely harmadik megtámadhatja azonban az itéletet azon az alapon, hogy a per kimenetelét a felek jogellenes egyetértése, összebeszélése okozta.

2. Szabadonbocsátás (manumissio). A rabszolga nem személy, nincs jogképessége, a születéssel tehát nem nyer jogképességet. Nála csak a szabadonbocsátással keletkezik a jogképesség. Azzal azonban, hogy a rabszolgámat elűztem, még nem szűnt meg rabszolga lenni, ép oly kevéssé, mint a dolog eldobása nem szünteti meg annak dolog voltát. Az ilyen rabszolga servus sine domino, ép úgy, mint a dolog res nullius. A szabadság megadásához külön cselekményre, actusra volt szükség, a manumissióra, szabadonbocsátásra. Ez által a rabszolga libertinus lett (de nem ingenuus). A szabadságot az úr adta meg, hiszen mint láttuk, absolut hatalma volt servusa fölött. A római polgárnak ez a hatalma nemcsak a rabszolgára terjedt ki, hanem mindenre, a mi a házában van: nejére, gyermekeire, rabszolgáira, állataira és dolgaira. A római családfőnek ez a generalis hatalma: *a manus.* Azok, a kik és a mik e hatalmi körben benne vannak, együtt adják a familiát. Ezek mind az ő manusa alatt vannak, ezek res mancipi. A manus, a familiához tartozók feletti ez az egységes hatalom, később differentiálódik. Manusnak később csak a feleség fölötti hatalmat nevezzük, míg a rabszolga feletti hatalom potestas dominica, a gyermekek feletti patria potestas, a dolgok feletti dominium nevet nyer és végül mancipium a hatalom azon személyek felett, kik átmenetileg jutnak a római polgár hatalma alá. Mind e hatalomnak régi egységes neve: manus. Ez volt a rabszolga feletti hatalom is. Ezért, ha ura szabadon akarta bocsátani, a manusból kellett őt elbocsátania: manu mittere. Innen a szabadonbocsátás manumissio.

A régi jogban, tehát ius civile szerint, három szabadonbocsátási jogügylet volt: vindicta, censu és per testamentum. A leggyakrabbi volt a *vindicta*, a mely az in iure cessio formájában ment végbe. Ez t. i. jogügylet volt, mely nemcsak a manumissio czéljaira szolgált, hanem sok másra is. Ez sem volt eredeti ügylet, hanem maga is más jogcselekménynek formájában ment végre, t. i. szinleges per volt. Ha valaki a rabszolgát szabadon akarta bocsátani, elmentek a biróságboz, a praetorhoz, a hol egy szinleges felperes, az ú. n. assertor in libertatem azt mondta: aio hunc hominem liberum esse, azt állítom, hogy ez az ember nem a te rabszolgád, hanem szabad. (A rendes perben, a legis actio sacramentoban, melynek mintájára ez történt, azt kellett mondania: aio hanc rem meam esse, hunc hominem meum esse: állítom, hogy ez a dolog, ez az ember az enyém. Ezzel szemben nem volt elég, ha az alperes ezt tagadta, hanem állítania kellett, hogy nemcsak nem a tied, hanem az enyém. Contravindicalnia kellett, ezért iudicium dupplex). Az assertornak vindicatio in libertatemjével szemben kérdezte a praetor a rabszolga urától: contravindicas-ne? Ha ekkor ez

azt mondta volna: igenis, ez az ember nem szabad, hanem az enyém, akkor rendes per keletkezett volna. Ha azonban az úr hallgatott vagy kifejezetten elismerte, hogy ez az ember szabad, akkor a praetor megtette a pronuncicatiót, a kijelentést, hogy ez az ember nem rabszolga, hanem szabad. Ennek a szinleges pernek a neve in iure cessio volt. Iusnak hivták ugyanis azt a helyet, a hol a praetor tribunálja állott. Maga az ügylet formai volt, bizonyos ünnepélyességgel történt. Elő volt irva, hogy mindenkinek mit kell szólnia, előirt ritualék voltak. Ehhez a formasághoz tartozott, hogy az assertor, mikor azt állitotta, hogy ez az ember szabad, egy vindictával, vesszővel megérintette a manumittalandót. Innen a név manumissio vindicta. A vindicta szó különben visszautal a legrégibb peres eljárásra, mikor a felperes tényleg vim dicebat, tényleg kihivta alperest birkózásra. Az ebből a perből kifejlődött legis actio sacramentot követték a manus alatt lévő tárgyak és személyek iránti minden perben. Igy, ha valaki tulajdonjogot formált a másiknak dolgára, akkor is ezt az eljárást követték. Később a felek, hogy előző megegyezésüknek nagyobb erőt, jogerőt biztositsanak, ezt jogügyleteikre használták fel és szinlegesen ebbe a perbe belebocsátkoztak és úgy kötötték ügyleteiket. Ez a legis actio tehát, mely contentiosa, perre szolgáló volt, később voluntaria lett, a jogügylet megkötésének egyik módja. Ilyen szinleges per ma pl. a válópör, ha tudniillik a felek a válásban már előzőleg megegyeztek.

A manumissio másik civiljogi módja a *manumissio censu* volt. A censor öt évenkét összeirást tartott. Ilyenkor a rabszolga dominusa, tulajdonosa odament a censorhoz és kijelentette, hogy ezt az embert tessék a rabszolgastatusból kitörölni és a liber statusba beirni. Ezzel a szabadok száma nagyobb, a római ember vagyona kisebb lett, már pedig mind a kettőt a censor tartotta számon.

A harmadik mód a *manumissio per testamentum*. Az úr a végrendeletben adhatta meg a rabszolga szabadságát, még pedig vagy közvetlenül vagy közvetve. Ha közvetlenül, akkor a rabszolga az örökség elfoglalásával ipso iure szabad lett ha közvetve, akkor az örökösnek vagy a kit az örökhagyó azzal megbizott, volt kötelessége a rabszolgát szabadonbocsátani. A végrendelet útján történő közvetlen szabadonbocsátást az elegantia hozta magával, mert a szabadonbocsátottak a halottas kocsi után mentek és igy a halottas menetet diszitették. Az ilyen szabadonbocsátott volt a libertinus Orcinus, mert szabadonbocsátója az Orcusban nyugszik. Ha a szabadonbocsátás a végrendeletben feltételhez volt kötve, akkor a végrendelet megvalósulása, az örökség elfoglalása az örökös részéről nem volt elegendő, hanem szükséges volt természetesen a feltétel megvalósulása is. A feltétel bekövetkeztéig a szabadonbocsátott csak feltételesen szabad, félszabad, neve statuliber.

Az emlitett három formán kivül volt egy csomó pongyola forma is. Ezeket a ius civile nem ismerte el, de a praetor ezeknek

az életben kifejlődött formáknak a iudexhez intézett parancsa által saját felelősségére érvényt szerzett. Ilyen szabadonbocsátási formák voltak pl. az úr vendégség közben a rabszolgát asztalához hivja, megvendégeli, ez a *m. per mensam;* ilyen a *m. inter amicos* és *per epistolam*. Iustinianus a m. inter amicoshoz öt amicus jelenlétét kivánja meg. Az ő idejében már a legfontosabb szabadonbocsátási mód a *m. in ecclesia*, a templomban. A manumissio vindicta nagy változásokon ment keresztül. Elhagyták azt, a mi czifraság volt benne: az assertort és a praetor helyébe lépő iudex előtt csak a szinleges alperes, a gazda és a rabszolga jelent meg. Emlit aztán Iustinianus a hivatalos órán kivüli szabadonbocsátást is. Mikor a praetor a theatrumba vagy a balneumba megy, elég, ha a dominus kijelenti előtte: ez az ember szabad és a praetor tudomásul veszi. Tehát a legnagyobb rigorozitásból a teljes alaktalanság felé fejlődött a szabadonbocsátási jogügylet, mint egyáltalában minden római jogügylet.

A manumissiónak az a hatása, hogy a szabadonbocsátott először szabad, másodszor civis Romanus lesz. De azért nem tekintetik ingenuusnak, szabadon születettnek, hanem csak libertimusnak. A szabadonbocsátó (tehát a közvetett végrendeleti szabadonbocsátásnál nem az örökhagyó) volt az ő patronusa, a kihez való viszonyában a szabadonbocsátottat libertusnak nevezték. A szabadonbocsátott tehát szabad lett, ez az egyik, a másik meg az, hogy civis Romanus lett. Az ember, mint láttuk, lehet szabad, de azért a status civitatis szempontjából még sem civis. Voltak is esetei a manumissiónak, mikor a manumittált nem lett civis Romanus. Azok a formák, melyek a ius civiléből vették magukat, megadták a teljes hatályt, tehát a civitas Romanat is. Ilyen hatású a Nagy Constantinus által behozott forma, a m. in sacrosanctis ecclesiis is. A praetori formák a ius civile szerint még szabadságot sem adtak, ily hatásuk csak a lex Iunia Norbana óta van, de még ezután sem adtak civitast. Az így felszabadítottak a jogképességnek egy kisebb fokát nyerték az ú. n. latinitast (Latini Iuniani). Volt még egy harmadik esete is a szabadonbocsátásnak. Bizonyos infamis rabszolgák, már ismételten rabszolgák, felszabadíttatásuk esetére a lex Aelia Sentia alapján sem római polgárok, sem latinusok nem lesznek, hanem oly állapotba jutnak, a jogképességnek csak oly kis fokát nyerik el, a melyben a peregrinusoknak is csak utolsó fajtája volt: a dediticiusok. Iustinianus a felszabadítottak három fajtája közti különbséget megszüntette, és minden felszabadított rabszolgának megadta a civitast. Könnyű volt neki, hiszen Caracalla óta apró kivételekkel a nagy római birodalom minden lakója civis volt.

A szabadonbocsátás a luxusnak egy sajátszerű fajtája volt, a mibe részben üzleti szempontok is belenyúltak. A libertinus ugyanis, ha szabad is lett, ritkán lett azzá ingyen, megfizette ő az árát részben pénzzel peculiumából, részben az eperarum iurata promistio

által t. i. meg kellett igérnie, hogy dolgozni, robotolni fog ingyen a dominusnak még libertinus korában is. Igy a dominusok nem vesztettek sokat, ellenben nyertek egy csomó szavazó gépet. Igy nagy csőcselék gyült meg Rómában. Részben erre való tekintetből, részben, hogy az úr puszta henczegésből magát vagyona főrészétől meg ne foszsza, és részben harmadik személyek pl. az úr hitelezői iránti tekintetből két törvényt hoztak, mely a szabadonbocsátást korlátozta: a lex Aelia Sentiat és a lex Furia (újabban Fufia-nak olvassák) Caniniat. A lex Furia a testamentum általi manumissiót korlátozta, a lex Aelia pedig az inter vivos történőt. Ez utóbbi meghatározza a minimalis kort úgy a szabadonbocsátó, mint a szabadonbocsátott részéről. E kornál fiatalabb gazdának csak apud consilium iusta causa manumissionis adprobata volt megengedve szabadonbocsátani. Volt tehát egy külön hivatal, ú. n. consilium, mely a szabadonbocsátásokat megvizsgálta, és a mely a minimalis kornál fiatalabb úrnak iusta causa alapján megengedhette a szabadonbocsátást Ilyen iusta causa, ha a rabszolga a szabadonbocsátó atyja, anyja, fia, lánya, testvére, tanítója, dajkája stb. A lex Aelianak egy másik már említett intézkedése, hogy a megbélyegzett, szabadonbocsátásra nem érdemes rabszolgák szabadonbocsátását megtiltja, de ha mégis szabadon bocsáttatnék, nem lesz civis, hanem csak dediticius. Iustinianus mind a két törvényt eltörölte. Az a köztekintet, hogy Rómában ne legyen csőcselék, Iustinianus korában annyiban nem számított, mert az udvar nem szivesen pártolta a régi római gőgöt. Másrészt meg a kereszténység behatása szüntette meg a manumissio korlátait.

Egyenrangú volt a manumissióval a rabszolga felszabadulása a gazda ténye nélkül. Igy szabaddá, jogképessé lesz az a rabszolga, ki bizonyos bűntényeket fedez fel, az ellenség foglya szabaddá lesz a fogságból való kiszabadulása által, még pedig szabad a ius postliminiinél fogva.

55. §. Az ember jogképességének változása.

Változik a jogképesség vagy gyarapodólag, vagy csökkenőleg. Gyarapodólag:

1. Ha a libertinus a fejedelemtől a *ius aureorum annulorum*-ot kapta, patronatus alatt maradt ugyan, de egyéb tekintetben ingenuussá lett. Ha pedig a *restitutio natalium*-ot kapta, teljesen az ingenuus jogképességet nyerte.

2. A latinus és peregrinus teljes jogú polgárrá válik:

a) a latinus, ha hazájában hivatalt viselt, Rómában házat épit;

b) a latina, ha három gyermeke volt;

c) a latinus Junianus az iteratio manumissionis által vagy az által, hogy római polgárnőt vagy latinát vett nőül és e házasságból már anniculus, egy éves gyermeke van;

d) a peregrinus az államtól kaphat civitas Romana-t.

3. Gyarapodik a jogképesség, ha alieni iurisból sui iuris lesz, így ha a paterfamilias meghal, a suusok sui iurisok lesznek. Sui iurissá lesz az alieni iuris emancipatio által is, ezt azonban a rómaiak nem gyarapodásnak, hanem a jogképesség csökkenésének vették, mert az emancipatus az agnationalis jogokra való képességet elveszti.

4. Az infamiat (l. lejebb) megszünteti a *famae restitutio*, ha t. i. a fejedelem rehabilitálja a becstelent, vagy ha a hatósági határozat, mely az infamiat maga után vonta, hatályát veszti.

Csökkenőleg:

1. *A capitis deminutio által.* Caput az embert megillető jogképesség. Capitis deminutio tehát jogképesség csökkenése. A jogképességnek három foka lévén a római jogban, háromféle a capitis deminutio is.

Capitis deminutio maxima, ha az ember a status libertasát veszti el, rabszolgává lesz. Ez azonban a jogképességnek nem változása, hanem megszünése.

Capitis demunitio media, a status civitatis változása, pl. a ki más állam kötelékébe lép, cui aquae et ignis interdicitur, a számüzött, a szigetre deportált.

Capitis deminutio minima, változás a családi állapotban, a régi római család agnat lévén, melynek sajátsága épen az, hogy változtatható. A vérrokonsági család (cognat család) nem változtatható. A capitis deminutio esetei: a mancipio dare (az atya eladja fiát), in manum conventio (a nő házasodása), datio in adoptionem, az arrogatio és az emancipatio. Ezekről bővebben a családjogban lesz szó. (Az emancipatio voltaképen nem csökkenése a jogképességnek, hanem ellenkezőleg gyarapodása, hisz alieni iuris sui iurissá lesz. Itt tehát a capitis deminutio név cum grano salis veendő.)

A capitis deminutióval a status változásán kivül a szerződéses adósságok és a személyes szolgalmak megszünése járt. Előbbin a praetor úgy segített, hogy a hitelezőknek in integrum restitutio útján újból megadta a keresetet, utóbbit pedig Justinianus szüntette meg a capitis deminutio minimára vonatkozólag. A két első capitis deminutiónak hatása a consumptio existimationis, a becsület elvesztése is.

Sohm a capitis deminutiót úgy fogja fel, hogy az nem változása a jogképességnek, hanem megszünése a régi és keletkezése egy új jogképességnek, tehát mintegy személyjogi novatio.

2. *Minutio existimationis.* Ennek két fajtája volt. *a) Infamia.* A praetori edictum felsorolta az okokat, melyek miatt valaki becsületében, azaz a törvény előtti személyes érvényesülésében fogyatékosságot, infamiát szenvedett. Ez az infamia vagy magából az elkövetett becstelenitő cselekményből folyt, tehát ipso iure, ez az infamia immediata (pl. a tisztességtelen foglalkozás, a katonai szolgálatból való tisztességtelen elbocsátás, a kettős házasság, a gyászév letelte

előtt férjhez menő özvegy, házasságtörő nő, esküszegő, szinész, viador stb. eseteiben) vagy csak akkor, ha az illető a becstelen cselekmény által hatósági határozatra ad alkalmat (pl. az actiones famosae eseteiben). *b)* *Turpitudo*, a praetori edictumban fel nem sorolt esetekből származó becsületvesztés, tehát a társadalom itélete alapján.

Az existimationis minutio mindkét fajának következményei: elveszti a ius honorum és ius suffragiit (ez tehát a közjogi jogképességnek csökkenése), meg van szoritva a ius connubii is, ugyanis szabadszületésű a lex Papia Poppaea szerint infamissal házasságot nem köthet, a becstelen gyám nem lehet, ellenében az elhúnyt testvérei is megdönthetik az inofficiosus végrendeletet, a perben nem képviselhet és nem tanuskodhatik. Ez tehát részben a cselekvési képességre vonatkozó változásokat is tartalmaz.

3. A serdült korba (pubertas, minor aetas) lépés által is változik a jogképesség, a mennyiben a római ezzel közjogokba és családi hatalmi jogokba is léphet. Az életkor változása különben főleg a cselekvési képességre van befolyással, ép úgy, mint a nem, az egészségi állapot, a becsület és a vallás.

56. §. Az ember jogképességének megszünése.

Megszünik a jogképesség a római jog szerint a capitis deminutio maxima és a halál által.

1. *Capitis deminutio maximat* szenved az, ki rabszolgává lesz, tehát a ki az ellenség fogságába kerül, a ki büntetésből lett rabszolga (poenae servus), a kit trans Tiberim adtak el magán- vagy közadósságai (közszolgálatok alól való kibujás) miatt rabszolgának, az a hálátlan libertinus, a kit szabadonbocsátója revocál a rabszolgaságba és a Sc. Claudianum szerint az a szabad nő, ki állandó nemi közösségben él valamely rabszolgával.

2. *A halál.* Ma az egyedüli módja a jogképesség megszünésének. Valamely jog megállapitásánál fontos lehet a kérdés, meddig élhet még valaki pl. valamely járadéklegatum alkalmából a quarta Falcidia kiszámitásánál, vagy a vasúti szerencsétlenség áldozata valószinű életkorának megállapitása fontos rokonainak kárpótlási igénye esetében. Ily valószinű életkorokat a Digesták (l. 68. Dig. 35., 2.) két táblázatban állapitanak meg.

Más kérdés a halál tényének megállapitása. A halált és az életet egyaránt bizonyitani kell. Az élet ugyanis nem jog, és így keletkezése (a születés) nem állapit meg vélelmet annak fenmaradására. (47. old.) A halál bizonyítása azonban nem mindig könnyű. Igy néha két haláleset időpontjának egymáshoz való viszonya lehet kétséges, pedig fontos érdekek fűződnek hozzá. Ezért ha pl. valamely örökjogi igény azon mulik, hogy A. túlélte-e B.-t, akkor, ha ez a tény be nem bizonyitható, az igény teljesen elvész. Ez alól csak két ki-

vétel van: 1. Ha a két személy, kinek haláláról szó van, szülői és gyermeki viszonyban áll egymáshoz, és haláluk oka valami közös veszély, pl. tűzvész, akkor az ellenkezőnek bebizonyításáig a vélelem az, hogy a serdületlen gyermek szülője előtt, a serdült pedig utána halt meg. 2. Házastársak közti és halál esetére szóló ajándékozások érvényesek, még ha az ajándékozó és az ajándékozott is meghalt és ki nem deríthető, melyik halt meg előbb.

Lehetséges továbbá, hogy a valószinűség valakinek halála mellett szól, noha ez biztonsággal meg nem állapitható, pl. valaki már nagyon régen kivándorolt az országból vagy hajón utazott, mely útközben elsülyedt, szinházégés alkalmával ott volt a szinházban és azóta nyoma veszett stb. Már pedig fontos érdekek függhetnek valaki halálának bebizonyitásától, ettől függ vagyonának, valamely rájutó örökségnek, őt megillető járadéknak a sorsa stb. Ezek az érdekek megkivánják, hogy a halálozásra vonatkozó kérdés sokáig eldöntetlen ne maradjon. Hogy a rómaiak mikép küzdötték le ezt a nehézséget, a mely természetesen náluk sem volt ritka, arra kifejezetten forráshely nem mutat. Az elveszett vagyonát szükség esetén curator bonorum absentis kezelte, a holttányilvánítás ügyében pedig a biró valószinűleg az eset körülményei alapján szabadon döntött. Ma ennek a szabad mérlegelésnek a helyébe a vélelmek alapján történő holttányilvánítás lépett, mely szabályozása és hatásai szerint a különböző jogterületeken különböző. Az olasz romanisták a formális bizonyitási theoriának megfelelően külső tényekhez tapadó vélelmeket állitottak fel: az elveszett meghaltnak tekintendő, ha az emberi kor legvégső határát (rendesen 100 év) átlépte, addig életben maradása vélelmeztetik.

57. §. Az ember cselekvőképessége.

Cselekvény a tudatos és akaratos testi magatartás (59. old.). Cselekvényt tehát csak az vihet véghez, a ki tetteit kellően meg tudja fontolni és akaratát alkalmasan ki tudja fejezni. Ez a cselekvőképességnek természetes fogalma. Jogivá a cselekmény az által lesz, hogy a positiv jog a természetes cselekményhez jogi hatást fűz. Ennek megfelelőleg jogilag is csak az lesz cselekvőképes, kinek képességét a cselekvésre a jog elismeri. Cselekvőképességet tehát a jog nem adhat, hanem csak elismerheti a már meglévő természetes cselekvőképességet. A ki természetileg nem cselekvőképes, az jogilag sem lehet az. Ez okból nem cselekvőképes az őrült, a teljesen részeg, a kis gyermek. Másrészt azonban a jog megtagadhatja a cselekvés jogi hatását olyantól, ki természetileg cselekvőképes.

A jogképességhez hasonlóan a cselekvési képesség is cogens jogszabályon alapul. Magánrendelkezéssel sem meg nem adható, sem meg nem vonható. Ezért nem jár a cselekvőképesség csökke-

nésével, ha valaki önként gondnokság alá helyezkedik. A cselekvőképességre befolyással biró körülmények a kor, a nem, a vallás, az egészségi állapot stb.

1. *A kor.* A cselekvőképesség szempontjából a pandektajog 4 kort különböztet meg: infantes (a 7-ik évig), a többi serdületlenek (impuberes infantia maiores, lányoknál a 12-ik, fiuknál a 14-ik évig), serdültek (puberes minores viginti quinque annis) és nagykorúak (maiores XXV annis). A kor befolyása a cselekvőképességre a cselekvőképesség változásának fejezetébe tartozik.

2. *A nem.* A régibb korban a nőnek úgy cselekvési, mint jogképessége meg volt szoritva. Egész életükön át nem tett szert teljes önállóságra, a mennyiben vagy atyai, vagy férji vagy gyámi hatalom (ú. n. nemi gyámság) alatt állott. Hogy pedig a gyámi hatalom mennyiben szorítja meg a cselekvőképességet, arról az alábbiakban bővebben lesz szó. Már később tünedezik a különbség férfi és nő közt, úgy hogy Justinianus idejében a nemi gyámság már ismeretlen.

3. *Egészségi állapot.* Az elmebetegek gondnokság alatt állnak, mert teljesen cselekvőképtelenek, úgy ügyletek, mint vétségek tekintetében. (Kivéve az ú. n. lucida intervallat.) Gyengeelméjűség csak oly cselekvényekre tesz képtelenné, melyeknek megitélésére a beteg felfogása nem képes. Ugyanezek a szempontok mérvadók a részegségnél és hasonló állapotoknál. Az elmebetegség tényleges létele kizárja a cselekvőképességet még akkor is, ha a birói gondnokságkirendelés még nem történt meg. Vakok, némák, süketek csak oly cselekményekre képtelenek, a melyek véghezvitelére hiányzó érzékükre szükség van. Ezek is kérhettek gondnokot (curator debilium), ez esetben korlátolt cselekvőképességűek voltak.

4. A prodigus, a *tékozló*, a ki nem elégedik meg a bonum non paternummal, hanem a bonum paternumot, az atyjától rámaradt vagyont is pusztítja. Nem segit azonban a jog az ostobán sem curatornevezéssel, sem más módon, az teljes cselekvőképességű (*stultis non succuritur*).

Nincs ellenben befolyással a cselekvőképességre az a körülmény, hogy valaki sui vagy alieni iuris-e. Vannak ugyan különbségek köztük az ügyletek véghezvitele és hatása tekintetében, de ez nem a cselekvési-, hanem a már tárgyalt jogképességi különbségeknek a hatása, következménye. A jogképességnek ilyen megszorításából folyik a senatus consultum Macedonianum intézkedése, hogy a filius familiast pénzkölcsöne csak naturaliter kötelezi Ha ezt korlátolt cselekvőképességre akarnók visszavezetni, akkor nem állhatna a római jognak az a szabálya, hogy a hitelező teljes hatályú kötelmet szerez, ha a kölcsönvevőnek filius familias voltát menthetően nem ismerte. Szintén a jogképességnek korlátozottsága és nem a cselekvőképesség megszorítása az is, hogy a filius familias a peculium castense és quasi castrense kivételével egyéb vagyonáról végrendeletet nem készíthet. Csak a jogképesség változása magya-

rázza meg, hogy az arrogatio esetén az arrogált régebbi végrendelete megdől, mert a cselekvési képesség változása nem jár ilyen hatással. Hogy pedig a filius familias adventiciáiból atyja beleegyezése nélkül semmit sem idegenithet el, az annak következménye, hogy az atyának haszonélvezeti és rendelkezési joga van ezek fölött a javak fölött.

58. §. Az ember cselekvőképességének keletkezése, változása és megszünése.

I. A 7 éven aluli gyermek (infans) teljesen cselekvésképtelen, mert nullum intellectum habet. Csak azt az egyet ismerték el, hogy ajándék útján birtokot és tulajdont szerezhet, ha t. i. ezt a cselekményét megérti. Cselekvésképtelen az infans a vétségek szempontjából is, még pedig úgy, hogy nemcsak büntetlen marad, de kártérítéssel sem tartozik. Némi cselekvőképességet nyer, tehát keletkezik a cselekvőképessége a gyermeknek a *8. évbe való beléptével*. A 7—14 (lányoknál 12) év közti gyermekek az ú. n. impuberes a tilos cselekmények tekintetében nem esnek egyenlő beszámítás alá. Függ az individualis értelmi képességtől (iniuriae capax-e?), sőt a vétkes cselekmény minőségétől is. Igy ablakbetörésért felelős, de ha értékpapirt éget el játékból, azért nem felel. Úgy általában azt lehet mondani, bár ez nem praesumptio iuris, hogy az infantiához közel állók (infantiae proximi) doli incapaces, ellenben a pubertati proximi már beszámithatók. Ügyleti cselekvőképesség szempontjából az impubesnek csak alsóbb cselekvőképessége van. Oly ügyleteket köthet, melyek által jogot szerez, kötelezettségtől mentesül, ellenben gyámja auctoritása nélkül nem köthet oly ügyletet, melyből rá hátrány háramlik, tehát melyből kötelezettséget vállal, vagy melynek folytán valamely jogát elveszti. Igy, bár nem tartalmaz közvetlenül joglemondást vagy kötelezettségelvállalást, nem fogadhat el zálogot (propter metum pigneraticiae actionis), nem fogadhat el örökséget (a hagyatéki tartozások miatt), nem fogadhat el fizetést, teljesítést, mert ezzel követelési jogát veszti el stb. És e tekintetben nem a concret ügylet a mérvadó, hanem abstracte kell megitélni. Igy valamely adósságnélküli örökség elfogadása még közvetve sem tartalmaz hátrányt és még sem elegendő a serdületlennek nyilatkozata. (A felsőbb cselekvőképességnek is van azonban már némi csirája a serdületlennél, a mennyiben t. i. elvállalt kötelezettsége gazdagodása erejéig perelhető, gazdagodás nélkül naturalis [nem perelhető] kötelmet szül.) Annak az elvnek megfelelőleg, hogy kötelezettséget nem vállalhat, de jogot szerezhet, a kétoldalú jogügyleteknél a jog, a mit szerez, az meg van szerezve, de a kötelezettség nincs elvállalva. Az ilyen ügyletek, a melyeknek csak a szerző oldaluk érvényes, de a kötelező nem, *negotia claudicantia*. Igy vagyunk az ügyletekkel, melyeket a pubes vagy infantia maior maga köt. Érvényes azonban minden

ügylete, melyet praesentis tutoris auctoritate köt. Mert a mint a családi jogban tanulni fogjuk, a pubertasig a sui iuris egyének tutela alatt állanak. Hogy tehát az impubesnek passiv ügylete érvényes legyen, ahhoz szükséges volt, hogy a gyám az ügyletnél jelen legyen és auctoritását interponálja, az ügylethez a kötés közben hozzájáruljon. Eddig tehát az impubes részéről az ügyletkötésnek két módjáról beszéltünk: 1. ha önmaga köti az ügyletet, ily ügyletből csak előnyt szerezhet, hátrányt nem; 2. ha a tutor auctoritásának interpositiójával köti, ilyenkor egy-két később említendő kivétellel bármily jellegű ügyletet érvényesen köthet. E kettőhöz járul egy harmadik mód, melylyel ügyleteket köthet, t. i. a tutor köti maga a pupillus, a gyámolt helyett, mint az ő képviselője. Csakhogy a római jog a képviseletet, úgy mint azt ma ismerjük, meg nem ismerte, a tutor tehát nem volt igazi képviselő, mint ma, hanem titkos képviselő, bizományos (80. oldal). A tutor a saját maga nevében nyerte a jogokat és kötelességeket és azután átruházta őket a pupillusra. A császári időben a tutor által kötött titkos képviseleti ügyekben volt a pupillusnak, a gyámoltnak, tehát az impubesnek már közvetlen actio utilise a gyám jogügyletéből folyólag a másik ügyleti fél ellen, illetve a másik ügyleti félnek az impubes ellen, még ha a tutor a jog és kötelezettség átruházást még nem is vitte véghez. Ez időtől fogva úgy állunk, mintha a tutor a pupillusnak igazi képviselője volna.

Végrendeletet és nem vagyoni jellegű ügyletet, pl. házasságot a serdületlen, még gyámja auctoritásával, illetve annak képviselete által sem köthet, sollemnis ügyleteknél mint tanú nem szerepelhet.

II. A serdült korba való lépéssel a cselekvőképesség megváltozott, gyarapodott. Hogy mikor kezdődik a serdültség, illetve meddig tart a serdületlenség, arra a rómaiaknál két nézet volt: a sabinianusok és a proculianusok nézete. A sabinianusok esetről esetre akarták eldönteni a habitus corporis szerint, hogy serdült-e már az illető vagy nem, míg a proculeianusok fix kort akartak megállapitani, mely szerintük a nőnél 12 év, a férfinál 14 év. Az igazságosságnak a sabinianusi nézet felel meg, de könnyebben kezelhető a másik. Volt egy harmadik nézet is, hogy a két nézetet combinálni kell és ez győzött is, a mennyiben a lányoknál a fix kort fogadták el, mig a fiuknál esetről esetre döntöttek. Iustinianus azon az alapon, hogy nemcsak a lányoknál, hanem a fiuknál is a vizsgálat impudicum est, úgy dönt, hogy mindkettőnél elfogadja a proculeianusok nézetét. Nő tehát 12 éves korában, fiú pedig 14 éves korában lesz pubessé. E kortól kezdve a sui iuris fiú felszabadul minden hatalom alól, a nő a régi időben a tutela mulierumba kerül, de a Iustinianus alatt már szintén felszabadul minden hatalom alól. A pubertasban a *lex Plaetoria* (Kr. u. 286) óta megkülönböztetjük a nagy és kis kort: pubertas major és minor viginti quinque annis. A 25-ik évvel éri el úgy a fiú, mint a lány a teljes

nagykorúságot (melyet, minthogy törvény hozta be, *legitima aetasnak* is neveznek), addig sem áll már tutela alatt, de kérhetett magának, ha úgy tetszett neki, curatort. A lex Plaetoria előtt a pubes teljesen cselekvőképes volt úgy vétségek, mint ügyletek tekintetében. A vétségképesség tekintetében a lex Plaetoria semmi változtatást sem idézett elő, sőt az ügyleti képességet sem vonta meg a minor viginti quinque annis-tól. A lex Plaetoria csak azt hozta be, hogy ha a pubes minort valamely általa önállóan kötött jogügyletben megcsalták, si tactus sit, akkor a praetorhoz járulhatott panaszával, a ki aztán a jogügyletet előleges ügyvizsgálat után (causa cognita) érvénytelennek nyilvánította, azaz a kiskorút in integrum restituálta. Ha pedig maga a csaló lépett fel actióval, melylyel a pubest az ő előnyére való cselekvésre akarta kényszeríteni, akkor a pubes minor exceptio legis Plaetoriae-vel élt. Később a praetor kiterjesztette ezt a praxist és kimondta, hogy ezentúl nem fogja vizsgálni, vajjon a hozzája forduló minor megcsalatott-e, hanem előleges vizsgálat nélkül is a minornak, annak puszta kérelmére, exceptiót fog adni, őt in integrum fogja restitualni, azaz a jogügyletet érvénytelennek fogja nyilvánítani. Ezzel a gyakorlatban oda fejlődött a dolog, hogy a 25 éven aluli ember nagyon könnyen köthetett jogügyletet és ha jónak látta, meghagyta, ha nem, akkor in integrum restitutiót kért. Hogy ezt a másik fél kikerülje, úgy védte a bőrét, hogy a minorral csak akkor kötött jogügyletet, ha az curatorról gondoskodott, mert ez esetben sem exceptióval nem élhetett, sem in integrum restitutiót nem kérhetett. Igy a kiskorú kényszerült curatort fogadni és ezzel önmaga korlátozta a maga cselekvőképességét. Marcus Aurelius császár meghagyta, hogy a tutor hivatalának lejárta előtt, azaz mielőtt a pupillus pubes lesz, gyámoltját arra intse, hogy magának curatort vegyen. Ezóta ténylegesen gyakorlattá vált, hogy a pubes curatort vett magának. Okvetlenül azonban ennek nem kellett megtörténnie. Ez idő óta kétféle minor van: minor curatorem habens és minor curatorem non habens. Cselekvőképesség tekintetében, a minor curatorem non habensnek teljes cselekvőképessége volt, csakhogy az ilyennel a még mindig divó in integrum restitutio folytán nem igen kötöttek jogügyletet. A curatorem habens korlátolt cselekvőképességű volt. Az ilyen csak olyan jogügyletet köthetett egyedül, melyből a maga számára jogot szerzett, ha pedig kétoldalú szerződést kötött, az negotium claudicans volt. De facto tehát a minor curatorem habens az impubessel egyenlő volt azzal a különbséggel, hogy sollemnitasi tanú lehetett, végrendelkezhetett, esküt tehetett, vallást változtathatott és megházasodhatott sine consensu curatoris. Minden egyébhez szüksége volt a curatornak akár előleges, akár utólagos beleegyezésére (nem volt szükség a curator személyes részvételére, mint a tutornál).

A minor pubertasban is két fokot különböztettek meg: pubertas plenat és minus plenat; a határ fiuknál 18, lányoknál 14 év. E

megkülönböztetés azonban a cselekvőképesség szempontjából irrelevans.

III. A maior viginti quinque annis korlátlanul cselekvőképes, hacsak e tekintetben más okból nem korlátoztatott. A már előbb is tehetett nagykorúvá princeps rescriptumával a 20-ik, illetve lányoknál a 18-ik évben. Ez a *venia aetatis*. A nagykorúsitottak teljesen azonos cselekvőképességűek a maiores puberes-sel, csak ingatlanok elidegenitésénél szorultak a biróság engedélyére és a hol kifejezetten a teljes kor említtetik, ezt kell tekintetbe venni.

B) Változik a cselekvőképesség a kor haladtán kivül az által, hogy valaki tékozlónak nyilvánittatik (az ilyen vagyonjogi ügyleti képessége tekintetében teljesen hasonló az impubeshez, vétségi képessége intact), és bizonyos tekintetben az existimationis minutio által. (L. o.)

C) Megszünik a cselekvőképessége annak 1. ki őrültté lesz. Az őrült ennélfogva gondnokot kap, a mit őrültté nyilvánitásnak kell megelőznie. A furiosus mellett a curatornak az a helye van, mint az infans impubes tutorjának. Curatelának csak azért hivjuk, mert engedelmességről itt szó nem lehet és a tutela mégis hatalmi viszonyt jelent. Igen fontos gyakorlati kérdés, vajjon az őrülttényilvánitás (gondnokság alá helyezés) maga megszünteti-e vagy csak declarálja a meglevő őrültség következtében már úgyis megszünt cselekvőképességet. A constitutiv hatályt voltaképen meg kellene tagadnunk, ha az őrülttényilvánitás czélját nézzük, de pl. a magyar jog (gyámtörvény 33. §. 3. bekezdés) ily constitutiv hatályt ad az őrülttényilvánitásnak, csakhogy korlátoltabb terjedelemben, a mennyiben magából az őrülttényilvánításból nem folyik a teljes cselekvőképtelenség, hanem csak a korlátolt cselekvőképesség (felső cselekvőképtelenség). A magyar jogban tehát a helyzet az, hogy az őrültségből teljes cselekvőképtelenség folyik, ha valóban őrült nyilvánittatik őrültté; ez az őrülttényilvánitás csak declarativ. Magából az őrülttényilvánitásból csak korlátolt cselekvőképtelenség folyik, de ez még akkor is, ha a nyilvánitott nem is volt, vagy már nem őrült, vagy ha lucidum intervalluma van is, e tekintetben, a felsőbb cselekvőképesség tekintetében, tehát az őrülttényilvánitás constitutiv hatályú.

Megszünik a cselekvőképesség 2. a halál által.

59. §. A személyiségnek egyéb jogai. Az ember személyi jogainak védelme.

A 21. §-ban kifejtettük, hogy a személyiség joga névvel az újabb pandektisták mit jelölnek meg. Ha egyrészt a jogképesség és cselekvési képesség alanyi jog voltán lehet is vitatkozni, úgy másrészt kétségtelenül áll, hogy az ott emlitett személyiségi jogok valóságos alanyi jogok. Az absolut jogok körébe tartoznak, tehát mindenki ellen, kivéve a jogosultat, irányuló tilalmak. Ennyiben

hasonlítanak a dologi jogokhoz, különböznek azonban tőlük abban, hogy nem vagyoni czélzatúak, tárgyuk, t. i. élvezeti objectumuk nem dolog, hanem a személy, a személyi sphaerának valamely alkotó eleme. Ez közös vonása az összes személyi jogoknak, ez alapon alkotják ezek a különféle egymástól igen különböző jogok az alanyi jogok egy külön osztályát, a személyi vagy személyiségi jogok osztályát. Gierke, e tannak legkiválóbb művelője a következőképen jellemzi ezeket a jogokat: 1. A személyiségi jogok magánjogok, tehát civilis perben érvényesíthetők. 2. A személyiségi jogok, mint olyanok nem vagyonjogok, bár a családjogokhoz hasonlóan vagyonjogi czélzatúak illetve tartalmúak lehetnek, de csak a személyi jogi mag épségben maradásával. Sőt bizonyos fokig a vagyonjogi tartalom, illetve annak egy része, önállósulhat, de teljesen sohasem különül el a személyi jogi mag köré alakult egységtől. A kiadói jog a szerzői jog folyománya marad, ép úgy, mint az atya haszonélvezeti joga az atyai jog folyománya. Némely személyiségi jogok tehát egyszersmind vagyonjogok, és mint ilyenek absolut vagyonjogok, jogok testetlen dolgokon (itt nem a római jogi terminus értendő, mert res incorporalis maga is jogot jelent), vagy mint újabban szokták őket nevezni: *immaterialis jogok.* 3. A személyiségi jogok iura personissima, egy bizonyos személyre vonatkozólag keletkeznek, hozzá kapcsolódnak és vele együtt szünnek meg. Csakhogy abban a mértékben, a melyben tárgyuk önálló obiectiv létet nyer sok eltérést mutatnak a legszemélyesebb jogok természetétől.

A személyiségi jogok keletkezése. A legfontosabb személyiségi jogok a személyiséggel együtt keletkeznek, mások egyénileg szereztetnek. Az utóbbiak egynémelyikénél nyilvános megállapítás (lajstromozás stb.) is szükséges, hogy egyáltalában, illetve hogy teljes hatálylyal megszereztessenek.

Változás. A személyiségi jogok elvben átruházhatlanok. Némelyeknek gyakorlása azonban vagy egészben vagy részben, sőt egyeseknél maga a jog is átruházható. Mások csak valamely más joggal együtt, melylyel függőségi viszonyban vannak, ruházhatók át. Ilyenek a reáljogosítványokként valamely telekhez kötött személyiségi jogok, továbbá azok, melyek valamely üzlet vitelével vannak összekötve.

Megszünés. A személyiségi jogok elvben a személyiséggel együtt szünnek meg. Vannak azonban átörökíthető személyiségi jogok is, de szabály szerint ezek sem örökké tartóak. Egyesek, pl. a szerzői jog, az eredeti személyt csak bizonyos időtartammal élik túl, mások, a találmányi jog és némely szerzői jogok már keletkezésüktől fogva praeclusiv határidőhöz vannak kötve. Csak egyes kivételes jogok állandóak, így valamely telekhez vagy üzletvitelhez kötött jogok. Másrészt bizonyos személyiségi jogok még a személy megszünte előtt is megszünhetnek, némelyekről le is lehet mondani.

A telekhez, üzlethez kötött jogok a telekkel, az üzlettel együtt mennek veszendőbe.

Az egyes személyiségi jogokat már az általános részben felsoroltuk. Ezek a római jogban még nem domborodtak ki, nem nyertek tudatos önálló elismerést, a mennyiben anyagilag általában már megvoltak, nem emelkedtek ki a személyiségnek általános jogából. Védelmükre az általános személyiség védelmére szolgáló actiók és különösen névszerint az *actio iniuriarum* szolgált. Az actio iniuriarum a személyiség bármely jogának megsértéséből fakadó igény, illetve kereset, mely tehát a jog és cselekvőképesség védelmére is szolgált. Minthogy pedig a személyiség jogának megsértése delictum számba ment (iniuria), ez actióról bővebben a kötelmi jog delictum-tanában fogunk szólani. A személyiségnek, illetve szűkebben a római jog szerint a statusnak nem védelmére, hanem megállapítására szolgáltak az ú. n. status perek, a melyeknek actiója tehát actio praeiudicialis. Ilyet indíthat az is, kinek statusát kétségbe vonták, és az is, a ki kétségbe vonta. Az, a kinek a statusa vitás, a pernek tárgya lévén, a maga személyében nem lehet se fel-, se alperes, hanem képviseletre szorul (assertor, vindex).

II. FEJEZET: A TESTÜLET.

60. §. A testület fogalma.

A jog czélja az emberi érdekek biztositása és előmozdítása. Az emberi érdekek első sorban az egyes ember által érhetők el, de számos emberi érdek az egyes ember által vagy általában nem, vagy csak tökéletlenül érhető el, megkivánja az elkülönitett erők egyesülését Egyrészt az egyes erejének elégtelensége, másrészt pedig a czél közös voltanak tudata az okai az emberi egyesülésnek. Ezek az egyesülések igen változatos alakulatúak, kezdve a házasságtól, a kereskedelmi társaságokig, az államig. Ez egyesülések körében különösen egy csoport vonja magára a jogász érdeklődését, az ú. n. *testület (corporatio, universitas personarum).*

A testület embereknek egyesülése bizonyos czélra. Ez az egyesülés nemcsak már meglevő emberekre van alapitva, hanem akár meghatározott, akár határozatlan számú jelenlegi és jövendő tagokra terjed ki. (Ily értelemben nevezi a franczia jog a részvénytársaságot société anonyme-nak, mert tagjai nincsenek közvetlenül meghatározva.) A testület számos oly érdeknek viselője, melyek nem azonosak az egyes tagnak érdekeivel. Szóval a *testület saját érdekekkel, önálló életműködéssel, saját akarattal biró lény.* A testület társadalmi alakulat, nem természeti teremtmény, mint az ember, szemmel nem látható, kézzel nem fogható, mindazonáltal azonban nem fictio, nem semmi. Teljesen fölösleges a testületet az ember, mintájára, szerves

lény mintájára felfogni. Ez a téves kép vezetett azután ahhoz, hogy ellentétbe helyezték a természetes emberrel a testületet (és alapítványt) mint mesterséges személyt, ú. n. jogi személyt. Csak oly módon tudták okát adni, hogy a testületnek jogai lehetnek, hogy többé-kevésbbé embernek tekintették. Csakhogy az az ellentét, hogy az ember a természetes, a testület és alapítvány pedig mesterséges jogalany, nem felel meg a valóságnak. Az emberiség történelme egyrészt, az ethnographia másrészt épen azt bizonyitják, hogy a kezdetleges korban és a kezdetleges népeknél nem az egyesnek vannak jogai, hanem jogai csak a köznek, tehát az ú. n. jogi személynek vannak. Az egyesnek a joga csak úgy keletkezik, hogy a köznek jogai vitetnek át rá, nem pedig úgy, hogy az egyes joga vitetik át a közre. Nincs tehát szükségünk arra a képre, hogy a köz, a testület mesterséges embernek, ú. n. jogi személynek tekintessék, mert ez a kép azt jelenti, hogy a köznek a testületnek csak úgy és csak azért van joga, mert és a mennyiben embernek tekinthető. Ez nincs igy. A testület emberi czélok, nem épen az egyes ember czéljainak megvalósitására szolgál, ezért államilag védett érdekkörnek a középpontjában áll, vagyis jogalany. Ez persze összefügg azzal, a mit már az általános részben mondottunk, hogy jogalany nemcsak ember lehet. Különben a testület még oly értelemben sem jogi személy, hogy talán a jogrendnek, positiv jogi intézkedésnek köszönné létét. Ez szintén téves felfogás. A jog nem alkotja, hanem csak szabályozza a társadalmi, tehát természetes úton létrejött testületeket, meghatározza jogi létük, jogképességük, személyiségük (ismét a helytelen kép) feltételeit, de csak ép úgy, mint teszi az embernél. (L. 43. oldal.)

A jogi személy terminus ennek megfelelően elvetendő. Ha mégis használjuk, akkor az alatt, hogy a testület jogi személy, azt kell értenünk, hogy önállóan jogot és kötelezettséget nyerhet, hogy önálló jogalany.

Jogi személyiséget, képzelt emberi szervezetet nemcsak a testületnek, hanem az alapítványnak is adtak. E kettőt foglalták jogi személy név alatt egybe. Voltaképen azonban e kettőnek semmi oly közös vonása sincsen, a melylyel ellentétbe volnának állithatók az emberrel, mint jogalanynyal; az ellentét csak az, hogy, ha testület vagy alapítvány a jogalany, akkor *nem ember* a jogalany. Ez azonban még nem elég közös vonás, hogy együtt volnának tárgyalhatók, külön kell beszélnünk a testületről, külön az alapitványról. Igy elérhetjük azt is, hogy a megtévesztő „jogi személy" terminus elkerülhetővé válik.

Különbséget tettek a testület és alapitvány közt olyképen, hogy a testület személyek egyesülése, universitas personarum, az alapitvány pedig javaknak egyesülése, vagyonegyesülés, universitas bonorum vagy rerum. Ez a megkülönböztetés azonban az alkalmazásnál cserben hagy. Az állam, a község, a részvénytársaság testü-

let, bár lényeges kelléke a földterület, a vagyon, másrészt a püspökség alapítvány és még sem vagyontömegegyesülés. A felosztásnak helyesebb alapját adja Regelsberger, a ki szerint a testületnél az egésznek sorsa a személyek összességének kezébe van letéve, az alapítványnak működését pedig idegen akarat, t. i. az alapitó vagy az állam szabályozza, nem pedig a bennállóknak akarata. Ezek a bennállók csak kezelők, intézők, kik az egész felett nem rendelkeznek. Röviden: *a testület önmagát kormányozza, az alapítvány pedig idegen akarat szerint kormányoztatik.* Persze ez a megkülönböztetés csak általánosságban talál. A testületek is csak bizonyos az állam által felállított korlátokon belül járhatnak el önállóan, másrészt meg gyakran az alapítvány kezelői igen tág hatáskört nyernek. Igy vita tárgya testület-e, vagy alapitvány az egyetem, valamely egyház stb.

Ha a jogi személy terminussal végleg nem is szakíthatunk, úgy legalább vigyáznunk kell fenti értelmére. Jogi személy alatt valamely, az embertől vagy emberektől önálló jogalanyt kell értenünk. Ha így fogjuk fel e fogalmat, nem fogunk vele visszaélhetni, mint azt számosan teszik, nem fogjuk a telket jogi személynek tekinteni csak azért, hogy a telki szolgalmak hozzátartozását megmagyarázhassuk (mert nem a telek a jogalany, nem a teleké a szolgalom, hanem a telek tulajdonosáé), nem fogjuk jogi személynek minősíteni a házasságot, vagy a házaspárt csak azért, hogy a házassági vagyonjog intézményeit kimagyarázzuk (a házassági vagyon nem a felektől különálló valaminek a vagyona, hanem a felek vagyona) és nem fogjuk jogi személynek nézni a csődtömeget, vagy a kereskedelmi czéget, illetve üzletet (nem a czég a jogalany, hanem az üzlettulajdonos).

A testület mindezek alapján nem közösség, mely több személy közt fennáll (societas, communio), hanem önálló jogalany, mely ép úgy állhat az emberrel szemben, mint egyik ember állhat szemben a másikkal. Élesen meg kell tehát különböztetnünk a testület fogalmát a közösség, a társaság (societas) fogalmától. Külsőleg a kettő hasonlít egymáshoz, mindkettőnél több személy egyesül valamely megengedett czél elérésére, mégis lényegesen eltérnek egymástól. A főkülönbség az, hogy a testület kifelé nyilvánuló egység, önálló jogalany (ú. n. jogi személy), a jogokat és kötelezettségeket maga a testület nyeri, si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent, maga a testület perelhető stb., ellenben a societas csak befelé irányuló szervezet, mely kifelé absolute nem nyilvánul, a jogokat és kötelezettségeket nem a societas, hanem közvetlenül az egyes tagok nyerik, nem a societas, hanem a tagok perelendők közvetlenül. A societas csak a belső szervezetre vonatkozik és azt jelenti, hogy a mit az egyik tag nyer, azt köteles társaival megosztani, a mit veszít, azt társai közösen viselik vele, harmadikkal szemben azonban csak ő nyer és

ő veszit, a harmadik csak őt perli. A rendes eset persze az, hogy a testület tagjai egymás közt societast alkotnak, de ez, mint láttuk, csak a belszervezetre vonatkozik, kifelé, a külvilág előtt nem societas van, hanem testület. Baron a következőkben állítja össze a testület és societas közti különbségeket: 1. A societas czélja nem lehet örökkévaló, és nem terjedhet a társtag életén túl. Mindez ellenkezőleg van a testületnél. 2. A societas nem tűri meg a tagok változását, a testület igen. 3. A sociusoknak a társaság vagyonában részük van, ők maguk lesznek adósokká és hitelezőkké a societas számára kötött ügyletekből. Ennek megfelelően a societasból kilépő tagnak a társasági vagyonból őt megillető részt ki kell adni. Nem így a testületnél. 4. A societasnak nincs szervezete, ügyleteket csak az összes sociusok egyhangú beleegyezése alapján, és csak a mindnyájoktól megbizott ügyvivő köthet. A testületnek pedig szervezete van, a mely az ügyvivők jogosultságáról, az ügyletkötésről intézkedik. Rendesen a többség akarata az összességet köti.

61. §. A testület keletkezése, változása és megszünése.

A testület (corpus, corporatio, universitas personarum) keletkezéséhez egyrészt az alapul alkalmas emberegyesület léte, másrészt pedig az szükséges, hogy a jog ezt az emberegyesületet jogalanynak elismerje. Az első csoportba tartoznak a következő feltételek:

1. Mindenekelőtt kettőnél több ember szükséges: tres facere collegium.

2. Közös, állandó, önálló czélja legyen az egyesülésnek.

3. Ne alapuljon az egyesülés kizárólag a jelenlegi tagokon, fő az, hogy tagjai legyenek, de már az mindegy, hogy kik azok.

4. Az egésznek akarata elnyomja az egyes akaratát.

5. Legyen a testületnek szervezete. Ezt a szervezetet vagy a törvény, vagy autonom intézkedés (statutum) állapitja meg. A hol az autonom intézkedés nem kimeritő, általános jogi szabályok érvényesülnek.

6. A jog gyakran formalis és materialis feltételekhez köti a testületet, megalapitását, normativumot állapit meg a statutumok, alapszabályok számára, kiköti a statutum állami megerősitését stb.

A második kérdés a jogképesség kérdése. Erről azonban később szólunk.

A változások, melyek a testület szervezetében beállanak, vagy a tagok számára vagy a dologi alapra, vagy a szervezetre, vagy a czélra vonatkoznak. Ha a testület összes tagjai, akár kilépéssel, akár halál folytán kiválnak, akkor a testület természetesen megszünik, szintúgy, ha csak 1 tag maradna. Bizonyos testületeknél a jog megállapitja, hogy a tagszámnak bizonyos minimum alá sülyedni nem szabad. Bizonyos időtartamra alapitott testületek az időtartam

elmultával megszűnnek. A testület autonomiája magában foglalja a szervezet megváltoztatásának jogát is. Ennek azonban vagy a jog, vagy maga az alapszervezet, vagy végül maguknak a tagoknak a joga szab korlátot.

A testület megszűnését a tagok úgy érhetik el, hogy kilépnek belőle. A kilépő tag azonban elveszti a testület vagyonára való minden igényét. Ezért felmerül a kérdés, nem szüntethetik-e meg a tagok a testületet e hatás nélkül, nem oszlathatják-e el a testületet testületi határozattal. A nézetek e kérdésre nézve eltérők. A felelet az egyes jogrendszerek és a testületek czélja szerint más és más. Megszüntetheti a testületet az állam, a mely ép úgy, a mint megadja neki a jogszemélyiséget, úgy meg is vonhatja tőle.

Vitás kérdés az is, hogy a feloszlatott, a megszűnt testület vagyonával mi történjen. Hosszú ideig az a nézet uralkodott, hogy a testület vagyonának nincs örököse, az mint bonum vacans a fiscusra száll. Ez azonban nem áll. Rendesen a positiv jog és a gyakorlat határozza meg a testületi vagyon hováforditását, gyakran azonban a testületi alapszabály maga intézkedik, sőt a testület természete is útmutatást ad (pl. a részvénytársaság megszüntével vagyona a részvényeseké).

62. §. A testület jog- és cselekvőképessége.

I. Jogképesség. A testület jogoknak és kötelezettségeknek lehet alanya, tehát van jogképessége. Jogképessége azonban sohasem lehet oly terjedelmű, mint az emberé. Nem lehet olyan jogviszonyok alanya, melyek az emberi természetre vannak alapítva. A tiszta személyi jogok közül a testületet a névre, a czégre stb. és a becsületre való jog illeti meg, bár ez utóbbit sokan kétségbe vonják. Gondoljunk azonban pl. a részvénytársaságokra, vajjon azokat mindenféle gyanúsitásoknak, rossz hirköltéseknek oda lehet-e dobni áldozatul. A családjogok elvileg meg nem illethetik a testületeket (vajjon a gondnokság sem?). A testületek jogképességének súlypontja a vagyoni jogokra esik (természetesen a családjogi vagyonjogok kivételével). A római jog kifejezetten képesiti őket a tulajdonra, a haszonélvezetre (legfeljebb 100 évig tarthat), a telki szolgalmakra, zálogjogra, activ és passiv kötelmi jogokra stb. Csak az öröklési képesség terén találunk a római jogban akadályokat. Eleinte csak az államnak volt activ öröklési képessége, a melyet aztán később a városokra és egyéb testületekre is kiterjesztettek. Egyes testületek ma kiváltságosan előnyösitett helyzetben vannak, mások jogképessége meg van szoritva, pl. a holt kéz nem szerezhet stb. Külföldi testületek (pl. részvénytársaságok) jogképessége ma a hazaiakhoz képest meg van szoritva.

A testület jogképességének keletkezése. E tekintetben két elmélet küzd egymással: a concessionalis és az általános jogképesség theo-

riája. A concessionalis theoria szerint (ide tartoznak a glossatorok, a kanonisták, Mühlenbruch, Savigny, Puchta, Wangerow, Keller stb.) az emberi egyesülésnek az állam külön adományozza a jogképességet, a jogképességnek e külön adományozása nélkül a testület nem jogképes. A másik theoria szerint minden testület, mely a 61. §-ban körülirt módon alakult, már ipso facto jogképes. Ennek hivei az újabb romanisták, Arndts, Baron, Brinz, Widscheid, Dernburg, Unger stb. Nem tévesztendő össze az állami concessio az államnak közreműködésével a testület megalakulása körül. A testületnek létrejövetelekor, mint láttuk (61. §.), az állam háromféleképpen működhetik közre; megengedőleg, elismerőleg vagy bejegyzés által. Az engedély arra vonatkozik, hogy az egyesülés létrejötte a közjó érdekeivel nem ellenkezik, az elismerés azon kijelentésben áll, hogy az egyesülés a törvényes követelményeknek megfelel, a bejegyzés valamely nyilvános könyvbe pedig a testület nyilvántartását czélozza. E három közül egyik-másik szükséges lehet a testület megállapitása körül, de élesen megkülönböztetendő a concessiótól, a jogképesség megadásától. Mert az ilyen állami közreműködéssel létrejött testületnél is kérdéses, vajjon ily módon történt létesülésük már ipso facto megadja-e nekik a jogképességet, vagy még külön állami concessióra szorulnak-e? A római jog szerint kétségtelen, hogy a corpus coire vagy habere-hez állami concessióra, permissióra van szükség, és hogy a corpora illicita a személyiséget nélkülözik. Ezt a concessiót bizonyos testületfajok általános törvény alapján nyerték, mások külön engedélyre szorultak. Hogy ez a concessio csak államrendőri engedély volt a testület létesitésére vagy a jogképességnek adományozása, nehezen állapítható meg, mert a császárban úgy a végrehajtó, mint a törvényhozó hatalom egyesült. Ma az ipso facto jogképesség elmélete az uralkodó, a minek különben a practicus élet is megfelel.

Megszünik a testület jogképessége a testület megszüntével, a concessionalis theoria szerint, a concessio megvonásával.

II. A testület cselekvési képessége. Savignytől kezdve a jogászok nagy tömege megtagadja a testülettől a cselekvő képességet. Ez azonban annak következménye, hogy a testület személyiségében, jogalanyiságában csak fictiót láttak. Nem az állam, a község, az egyesület akar és cselekszik, úgy mondják, hanem az államfő, a hivatalnok, az elöljáró. Ezek azonban elfelejtik, hogy a testület akarata nem az egyes tagok akarata, hanem ezen kivül fekvő, önálló akarat, a részvénytársulat igazgatója által kötött ügylet nem az igazgató, hanem a társulat (testület) ügylete. (Ez különben összefügg a testület organumainak jogi helyzetével, miről alább lesz szó.) Azzal is megokolják a testület cselekvőképtelenségét, hogy annak megadása magával hozza, hogy a társulatot vétségképesnek is kell tekintenünk, már pedig universitas non delinquit. Hogy azonban ez a tétel nem egészen áll, a következő okoskodás is mutatja. Ha vala-

mely munkaadó alkalmazottja hivatása körében delictumot visz véghez, kárt okoz, voltakép ez nem az ő delictuma, hanem a gazdáé, ez tartozik kártérítéssel, nem az alkalmazott. Vajjon nem így van-e a testületeknél is (pl. állami vagy részvénytársasági vasutaknál stb.)? Elvileg tehát nem vonhatjuk meg a testülettől a cselekvési képességet.

A római jog a testületeket organumaik delictumáért való felelősség alól felmentette, úgyszintén a kártérítés kötelezettsége alól is, kivéve a mennyiben a testület abból gazdagodott. Már a glossatorok és commentatorok (Bartolus) azt tanították, hogy a corporatio is elkövethet delictumot. A fejlődés menete ma abban az irányban halad, hogy a társaságot organumai delictumáért felelőssé tegyék. Ennek a fejlődésnek legfőbb akadálya az a felfogás volt, mely a testület organumait képviselőknek nézte. És különben is meg kell különböztetnünk a testület organumait annak egyéb alkalmazottaitól, segédeitől. Ez utóbbiakért a testület csak úgy szavatol, mint más ú. n természetes személy, kinek alkalmazottai vannak. És végül a testületnek cselekvényéről, így delictumáról is, csak akkor lehet szó, ha organumai a testületért hivatásuk körében jártak el. Regelsberger. kinek tanát az eddigiekben is előadtuk, a következő practicus elveket állítja fel:

1. *Felelősség szerződéses viszonyokban.* Oly vétség, melyet a testületi szervek a testületért competentiájuk körében kötött szerződés megkötése közben, vagy a szerződésből származó jogok gyakorlása, illetve a belőle eredő kötelezettségek teljesítése közben követtek el, a testület vétsége. Épúgy a cselekvő, illetőleg a cselekvésre jogosult szervnek tudása vagy nem tudása, tévedése stb. szerződéses viszonyokban a testület tudása vagy nem tudása, tévedése stb. úgy az előnyök, mint a hátrányok tekintetében.

2. *Felelősség szerződésen kivüli viszonyokból*:

a) Az emberhez hasonlóan a testület is felel idegen vétségekért a törvény megszabta esetekben.

b) Saját delictumául tudatik be a testületnek valamely testületi szervnek jogellenes vétkes magatartása, ha a testületnek a törvény vagy statutum (alapszabály) megszabta hivatásán és a maga hatáskörén belül tanúsította. Ez esetekben a testület nemcsak gazdagodása erejéig felel.

A testület felelőssége nem zárja ki a cselekvő személynek felelősségét. Csakhogy lehetséges, kogy a cselekvő személy részén a vétkesség teljesen hiányozhatik, mert csak teendőinek teljesítésekép követte el.

A testület organumai. A testület cselekvőképességének kérdésével, mint láttuk, szorosan összefügg az a kérdés is, hogy szervei-, organumainak mi a jogi helyzete. Az uralkodó felelet erre a kérdésre az: ők a testület képviselői. Ez a jogi személynek fictiotheoriájának megfelel, de tarthatatlan. Ha képviselő cselekszik

két jogalany szerepel, a képviselő és a képviselt, és a mennyiben ez utóbbi cselekvőképes, két akarat és két tudás működik. Röviden, a képviselő a képviseltnek személyiségén kivül áll. Ezzel szemben a testületi szerv (közgyülés stb.) által maga a testület cselekszik. A képviselet esetén a képviselté csak a beálló hatás, a testületnél az akarat is az övé, melyet szerve által nyilvánit. A köznyelv is mutatja az eltérést. Úgy beszél, hogy a kiskorú vagy az elmebeteg képviselője útján vett házat, ellenben azt mondja, hogy a város vett fel kölcsönt, a részvénytársaság vett telket. Másrészt azonban igaz, hogy a testületi szervek nem akarat nélküli eszközök, mint pl. az ember szája, keze, ők alakítói a testület akaratának. Másrészt meg nem merül ki ténykedésök a testület akaratának alakításában, nekik a mellett külön saját akaratuk van. Nem minden, a mit tesznek, a testület cselekménye. E tekintetben megint közelednek a képviselőhöz. A helyes eredmény tehát az, hogy a testületi szervek sem képviselők, sem öntudatlan eszközei a saját akaratú testületnek, hanem a kettő között, sui generis jogi helyzetük van. Hogy különben a szerv cselekménye a testület cselekményének tekintessék, a következő feltételek fenforgása szükséges: a cselekvő személy illetve személyek érvényes hivatottsága e cselekményre, és a cselekménynek akár a törvény, akár a statutumnak (pl. alapszabálynak) megfelelő véghezvitele. Célszerűségi okokból gyakran a szerv cselekvényéhez hatósági jóváhagyás szükséges, hogy a testület cselekményének lehessen tekinthető.

A testület belső jogviszonyai. Míg az egyes embernél a jogi szabályozás alá csak a külvilághoz való viszonya esik, addig a testületnél a belső élet is a jog területére tartozik. Ez a belső élet annyira különböző, hogy arra egységes szempontok alig állithatók fel. A nyilvános testületek (állam, község stb.) belső élete különben is a közjog területéhez tartozik. Általánosságban csak a következő tételek állithatók fel. A testülethez való tartozás jogokkal és kötelezettségekkel jár. Így maga a tagság is oly jogi helyzet, mely önkényüleg meg nem vonható. A jogok különben is vagy közérdekűek (szavazás, megjelenés a gyüléseken, választás, ajánlás stb.) vagy magánérdekűek (részvétel a testület jövedelmében), idealis czélú testületeknél ezek a jogok gyakran nem is vagyoni szinezetűek, pl. a klubtagsággal járó jog a klubhelyiség használatára. E jogokkal szemben állnak a kötelezettségek (kötelező megjelenés, szavazás, vagyoni hozzájárulás stb.).

A testületi belső jogoktól és kötelezettségektől megkülönböztetendők azok az esetleges jogok és kötelezettségek, melyek a tagokat, nem mint tagokat illetik, a melyeknél úgy állanak a testülettel szemben, mint bármely harmadik pl. kölcsönnél. Ezeknél a tagság közömbös.

III. FEJEZET. AZ ALAPITVÁNY.

63. §. Az alapítvány fogalma, fajai.

Az alapítvány, mint föntebb láttuk oly jogalany, melynél a védett kör középpontján nem ember áll, és a mely nem a saját, hanem kivülfekvő idegen akarat által kormányoztatik. Alapítvány kétféle módon alapítható. Az alapitó az alapítványi vagyont más jogalanynak (embernek, testületnek, alapítványnak) adhatja azzal a kikötéssel, hogy ez gondoskodjék az alapítványi czél megvalósitásáról, vagy önálló jogalanynyá emelheti az alapítványt, úgy hogy a czélvagyon magáé az alapítványé. Az előbbi *önállótlan*, az utóbbi *önálló alapítvány*.

Az önállótlan alapitvány megint kétféle lehet. A czélvagyon átadható olykép, hogy az az átvevő (a fiduciarius) szabadon rendelkezhessék felette, vagyis tulajdonává legyen, mivel szemben ő magát a czél megvalósitására kötelezi Itt a kötelezés tartama a rászánt vagyon sorsától független, mert az alapitványi (a czél) vagyon teljesen beolvad a fiduciarius vagyonába, annak sorsát osztja. Másképen áll a dolog, ha az alapitó intézkedése az, hogy az alapítványi vagyon külön vagyon maradjon, a czél megvalósítására szükséges anyagi eszközök magából a czélvagyonból merittessenek, vagyis az alapítványi vagyon valóságos *czélvagyon*. Ez esetben a fiduciarius kötelessége ezt külön kezelni, a fiduciarius hitelezői ehhez a különvagyonhoz hozzá nem nyúlhatnak. Másrészt azonban a fiduciarius sem köteles a czél megvalósitására többet forditani, mint a mennyi az alapitványból kitelik. Az alapítványnak ez esetben bizonyos külön léte van a fiduciarius kezében, de azért nem jogalany, mert az alapitványt terhelő jogok és kötelezettségek a fiduciarius jogai és kötelezettségei és ezért e különvagyon és a fiduciarius egyéb vagyona közt semmiféle jogviszony nem lehetséges.

Mig az önállótlan alapitvány nem valóságos alapitvány, mert hiszen nem jogalany vagy mint mondani szokás jogi személy, addig az önálló alapitvány valóságos jogalany, jogai és kötelezettségei az ő jogai és kötelezettségei, kezelőjének magánvagyona, mint bármely más harmadik személy vagyona áll szemben.

Az alapítvány keletkezése. Minden alapitvány akaratnyilvánításra, alapitásra vezethető vissza, mihez persze gazdasági, vagyoni alapnak is hozzá kell járulnia. Az akaratnyilvánitásnak (*alapítási jogügyletnek*) tartalma oly szervezetnek létrehozatala, melynek feladata bizonyos czélnak állandó megvalósítása. A gazdasági alap, melynek ez alapitási jogügylethez járulnia kell, különféle lehet. Ha helyiség vagy más a czélra szolgáló berendezés, illetve a beszerzésre szolgáló pénzösszeg adományozásában áll, akkor az alapitvány neve *intézet* (pl. kórház, könyvtár stb.). Az alapitó ügylet tartalmához a következő essentialék tartoznak.

1. A czélnak, még pedig a megvalósitásra eléggé alkalmas meghatározása. A czélnak úgy jogilag, mint erkölcsileg megendettnek kell lennie és alkalmasnak arra, hogy valamely érthető érdek kielégitésére szolgáljon, az egyéneknek meg nem határozott számára és időre terjedjen ki.

2. A czél számára szánt vagyonnak, ha ilyenre szükség van, meghatározása.

3. Az akaratnyilvánitás, hogy az alapítvány (intézet) jogilag önálló alany legyen.

4. Az igazgatás megállapitása. Ezt gyakran általános vagy különös állami intézkedés pótolja.

Az alapitványnál ép úgy, mint a testületnél felmerül a kérdés, vajjon a privátszemély alapitási ügylete elegendő-e ahhoz, hogy az alapitvány, mint külön jogalany, létrejöjjön. Itt is ép úgy, mint a testületnél zavarólag hat az, hogy az állam bizonyos feltételekhez köti az alapitást. Ettől azonban megkülönböztetendő az a kérdés, vajjon az állam külön concessiója szükséges ahhoz, hogy a megalapitott alapitvány jogalanynyá legyen. Erre a kérdésre a válasz ugyanaz, mint a testületnél. Az egyszer jogszerűen létrejött alapitvány már ipso facto jogalany. A jogalanyiságot tehát az alapitótól nyeri. Ha tehát az alapitvány vagyoni tartalmú, szükséges, hogy az alapitónak meglegyen az ingyenes elidegenitési joga. Az alapitási ügylet vagy halál esetére szóló intézkedés, vagy élők közti ügylet. A halál esetére szóló alapitás lehetősége ellen fel szokták hozni, hogy az örökösnevezéshez, hagyományhoz passiv végrendelkezési képességű személy kivántatik, már pedig az alapitványnál a végintézkedéssel megadományozandó személyt előbb meg kell teremteni. A római jog azonban magát e nehézségen túltette. Megengedi ugyanis pl., hogy az örökhagyó rabszolgáját nevezze ki örökösévé a szabadság adományozásával egyetemben. Az alapitványnak végintézkedéssel való megalapitása természetesen az örökösnevezés, illetve hagyományozás szabályai alá esik, a szerint, a mint az egész vagyon, vagy csak egy része van az alapitvány czéljára kijelölve. Az élők közti alapitás egyoldalú jogügylet, mely egyrészt a pollicitatióra, másrészt a servi manumissióra emlékeztet. Maga ez az alapitás vagy ajándékozás lehet, vagy valamely kötelezettségnek (pl. donatio sub modo következtében történő) teljesitése. Előbbi esetben maga az alapitvány a megajándékozott, de ez az ajándék nem donatio sub modo, mert nem tekinthető modusnak, ha valakinek vagyont juttatunk, hogy ebből megéljen. Az alapitó a maga intézkedését visszavonhatja, míg az alapitvány életbeléptetése meg nem történt.

A római jogban a keresztény császárság idejében az egyházon kivül más vallásos és jótékony intézetek (piae causae) alapitása is meg van engedve. Ezek az intézetek is az egyházi hatóság gondnoksága alatt állottak, de jogalanyiságuk az egyháztól külön volt

választva. Más czélra történő alapitásról a források nem tudnak. Ma persze sok más egyéb czélra is szolgálhatnak az alapítványok, melyeknek vagyoni alapja gyakran csak követelés az alapító vagy annak örökösei ellen, ha t. i. az alapító csak megállapította, de át nem adta az alapítvány fentartására szolgáló összeget.

64. §. Az alapítvány jog- és cselevőképessége. Változása és megszünése.

Az alapitvány jog- és cselekvő képességéről ugyanaz áll, mint a testületéről. Az alapítvány jogképessége gyakran (pl. a holt kézé) a testületénél jobban van megszorítva. Organumai, szervei is a testületéivel egyenlő elbánásban részesülnek. Megjegyzendő azonban, hogy az alapitvány organumainak sokkal kisebb a hatásköre, mint a testületéi. Az alapítvány igazgatása czélszerűségi okokból állami felügyelet alatt áll. A későbbi császári jogban a hűtlen alapitványkezelők ellen popularis actio volt indítható.

Azok a személyek, a kik számára az alapítvány alapittatott, az ú. n. destinatariusok nem tulajdonosai az alapitvány vagyonának, még az igazgatásban való részvételre sincs joguk. Sőt az élvezés elérésére is csak akkor van perelhető joguk, igényük, ha az alapítvány az összes bizonyos állapotú emberek számára van rendelve, és ha ők e bizonyos állapotot ki tudják mutatni.

Az alapitvány fogalma szerint változatlannak van szánva, de semmi sem lévén állandó, az alapitványnak is meg kell változnia, mert a mi száz évvel ezelőtt áldásos volt, az ma esetleg ártalmas lehet. Ezért már az alapitásnál is lehet gondoskodni az alapitvány czéljának stb. változásáról, sőt lényegtelenebb változásokat, pl. az élvezés feltételeinek szigorítását stb. az alapitvány kezelői is tehetnek a felügyelő hatóság engedélyével, és esetleges érdekeltek, pl. az alapító utódainak, beleegyezésével. Ez volt a római jogtudomány álláspontja is.

Ugyszintén az alapitvány megszüntéről is előre intézkedhetik az alapító. De vannak e mellett általános megszüntető tények is. Ilyenek, ha az alapítvány czélját már elérte, vagy a vagyoni tartalmú alapitványoknál, ha vagyonát teljesen elvesztette és végül az állam bármikor megszüntetheti az alapitványt. Hogy a megszünt alapitvány vagyonával mi történjen, arról gyakran már maga az alapitó intézkedik, ha ily intézkedés fenn nem forog, akkor a vagyon lehetőleg az alapitványéhoz hasonló czélra forditandó és csak a családi alapitvány válik a hozzá hasonló fideicommissum mintájára a megszünés idejében élő családtag szabad tulajdonává.

B) VAGYONJOG.

65. §. A vagyonjog fogalma és fajai.

A vagyonjog fogalmának megállapításánál az első kérdés, melyet tisztázni kell, az, hogy mi a vagyon. A vagyon jogi értelemben nem azonos a vagyon gazdasági fogalmával. *Vagyon az egy közös czélra szolgáló pénzbeliley megbecsülhető összes jogviszonyoknak (jogosultságok és kötelezettségek) foglalatja.* Puszta szerzési lehetőségek (pl. jogképesség, cselekvési képesség) nem tartoznak a vagyonhoz, valamint az oly tényleges helyzetek, viszonyok sem, a melyekhez gazdasági érdek fűződik ugyan, de a melyek nem önálló vagyonalkatrészek, hanem csak járulékai egyes vagyonalkatrészeknek pl. valamely üzlet vevőközönsége stb. Ellenben a vagyon alá tartoznak az immaterialis jogok, a birtokjog, mert pénzbelileg megbecsülhetők, tárgyai lehetnek birói értékesítésnek, condemnationak. A pénzbelileg kifejezhető jogviszonyok vagyonná az által lesznek, hogy valamely közös czélra szolgálnak. Ez a czél lehet olykép általános, hogy magában foglalja valamely embernek összes czéljait, a melyeket maga ez az ember határoz meg, de lehet specialis is, mint a testület, az alapítvány czélja. Az előbbi esetben maga az illető ember a vagyon alanya, ő a benne foglalt jogok és kötelezettségek alanya, utóbbi esetben pedig, hogy ki a vagyonalany, ez a jogi személy sokat vitatott kérdése, melyről már szó volt. A vagyon elemei a jogviszonyok, a jogok és kötelezettségek, nem maguk az élvezeti obiectumok, a gazdasági javak. Igy pl. az ember jogtárgy lehet (a személyjogban, a családjogban), de nem vagyonalkatrész. A vagyon nem a jogtárgyak, hanem a jogviszonyok összessége. (Ezzel szemben Vécsey úgy definiál, hogy a vagyon a személy bizonyos időbeli gazdasági javainak foglalata az adósságok levonásával.) A vagyonnak mint közös czélra szolgáló pénzbelileg érzékithető jogviszonyok összességeként való felfogása teszi érthetővé, hogy a jogrend az egyes általános vagyonok, tehát általános czélra szolgáló jogviszonyoknak körében (pl. az ember vagyonának körében) külön állást biztosít valamely specialis czélra szolgáló jogviszonyok összességének, speczialis vagyonnak, a mely bár hozzátartozik az általános vagyonhoz, de mégis külön jogi elbánás-

ban részesül. Ez az ú. n. külön vagyon (*universitas iuris*). Megkülönböztetendő ettől az ú. n. *universitas facti seu hominis*, a mely nem az egy czélra szolgáló jogviszonyoknak, hanem közös gazdasági czélú dolgoknak az összessége pl. a juhok összessége a nyáj, a könyvek összessége a könyvtár stb.

Ennek az universitas factinak más neve: universitas rerum distantium, a mivel megint ellentétbe helyeztetik az universitas rerum cohaerentiummal, más néven a res compositával, az összetett dologgal, a mely szintén több dologból áll, de úgy, hogy a több dologból egy lett pl. a hajó, melyben vas, fa stb. részek vannak.

A külön vagyont az általános vagyon körében egységesitő mozzanat, mint láttuk a specialis czél, a melyre az e külön vagyont alkotó jogviszonyok szolgálnak. De külön vagyonná csak a jog rendelkezésénél fogva lesznek, a mennyiben a jog külön elbánásban részesíti. Ez a külön elbánás a külön vagyon, illetve tárgyainak (a dolgoknak), közös kiadási kötelezettségében és a tartozásokért (kötelezettségekért) való felelősségében áll. Ez utóbbit úgy kell érteni, hogy bizonyos hitelezők, még pedig vagy kizárólag csak ők, vagy csak az általános vagyon többi hitelezőit megelőzőleg e külön vagyon tömegéből, tárgyaiból nyernek kielégitést. Ilyen külön vagyonok az önállótlan alapitvány a fiduciarius kezében, a hagyaték az örökös kezében, mielőtt az vagyonával teljesen összeolvadt, a különböző peculiumok (a pater familias vagyonából a filius familias vagy rabszolga számára kihasitott rész), a hitbizományi vagyon, a csődtömeg stb. A külön vagyon nemcsak összessége a vagyontárgyaknak, hanem egységes egész. Tárgyai tehát változhatnak, gyarapodhatnak vagy csökkenhetnek. Másrészt azonban nem áll az a szabály, a mit a külön vagyon fogalmából le szoktak vezetni, hogy t. i. res succedit in locum pretii, pretium in locum rei. Ez annyit jelentene, hogy a külön vagyon egy részével szerzett dolog (dologért kapott pénz, illetve pénzért kapott dolog) ipso facto a külön vagyonhoz tartozik. Ez még az örökségről sem áll fogalmilag, csupán a SC. Iuventianum egyenes rendelkezésénél fogva. Nem áll azonban sehogysem sem a dosra, sem a peculiumra.

Vagyon alatt a kifejtett fogalmon kivül még sok mást is értenek. Értik a pénzbelileg kifejezhető jogok összességét, ez az *activ vagyon*, a brutto vagyon. Ezzel szemben *netto vagyon* a tartozások levonásával fenmaradó vagyon, tehát a jogokból levonva a kötelezettségeket. Birkmayer „Das Vermögen im iuristischen Sinne" czimű művében kimutatni igyekszik, hogy a tartozásokat sohasem számitották a vagyonhoz (Bona intelleguntur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt), ez a bizonyitás azonban nem sikerült.

A vagyon alkatrészei a jogviszonyok, jogok és kötelezettségek. A köznyelv azonban a vagyon alkatrészeiül e jogok tárgyait, a dolgokat is tekinti és a szempontból a vagyon alkatrészeiül kettőt

emlit: 1. a jogok és kötelezettségek; 2. a dolgok. Ez mint az eddigiekben láttuk, helytelen. Nekem nincs külön házam és külön tulajdonjogom a házra, a kettő nem kettő, hanem egy. Ha vagyonról gazdasági értelemben beszélek, akkor vagyonomban a ház van, jogi értelemben azonban vagyonom alkatrésze a ház feletti tulajdonjog. Bár tehát e felfogás helytelen, a római jognak mégis ez az álláspontja. A római jogban a vagyon (res a legtágabb értelemben) alkatrészei: 1. jogviszonyok, azaz jogok és kötelezettségek, ú. n. *res incorporalis*; 2. maguk a testi dolgok, a természetnek hatalmunk alá hajtható körülhatárolt részei, *res corporalis*. A res corporalis és incorporalis féle felosztás tehát nem a dolgok felosztása, mert hiszen a res incorporalis nem is dolog, hanem felosztása (még pedig helytelen) a vagyonalkatrészeknek. A res incorporalis jog vagy kötelezettség, melynek tárgyai (élvezeti obiectuma) res corporalis, a dolog. A res incorporalis tehát nem jogtárgy (Vécsey 170. o,), hanem maga a jog vagy a kötelezettség. A források (Inst. II. k. 1. cz.) különben, mikor res corporalisról beszélnek, egyszersmind a tulajdonjogról is szólnak, ez azonban nem azt jelenti, hogy a tulajdonjog res corporalis volna ellentétben a többi jogokkal, melyek res incorporales czimen tárgyaltatnak, hanem csak azért szólnak ott róla a források, mert a tulajdonjog a legfontosabb jog (tehát res incorporalis), melynek tárgya res corporalis.

A jog nem dolog, a jog voltaképen nem létezik. Ha azt mondom, hogy nekem tulajdonjogom van a lovamon, akkor in rerum natura vagyok én, van ló és egyéb semmi. A jog (a mi esetünkben a tulajdonjog) abstractio, való létel nincs. (Ez nem tévesztendő össze azzal, hogy van egy jogszabály is, mely nekem a tulajdont adja, biztosítja.) Ezt a jog helyes megértése czéljából mindig szem előtt kell tartanunk és akkor nem fogunk azoknak hibájába esni, kik a jognak önálló lételt adván, a jogot mint önálló dolgot fogják fel, oda jutnak el, hogy beszélnek jogról jogon. A köznyelv tényleg beszél úgy, hogy azt mondja, tulajdonomban van ez a követelés, átruházta a használat tulajdonát, ez azonban jogilag non sens. Ilyen átvitele a dolog fogalmának a jogra az is, hogy a jogokat a dolgok mintájára ingó és ingatlan jogokra osztják fel (germánjogi felfogás), holott nem a jog az ingó vagy ingatlan, hanem maga a dolog, mely annak a jognak a tárgya. (Ezzel szemben sokan tekintet nélkül a tárgyra, ingó jognak tekintik a zálogjogot, a követelési jogokat stb.)

A vagyonjog felosztása. A vagyonjog alá tehát azon jogok (és kötelezettségek) tartoznak, melyek a vagyon alkatrészei. A vagyonjogba tartoznának e szempontból a vagyoni érdekű személyi jogok és a családjogi vagyonjog is. De míg az előbbiekben a személyiség érdeke lévén a túlnyomó, ezért nem soroltatnak ide, addig ez utóbbiakat azért nem tárgyaljuk itt, mert egyrészt czélszerübb a családjog egész complexumát együtt nézni, és másrészt bennük

mégis magasabb erkölcsi momentum nyilvánul, holott a szoros vagyonjog mozgató eleme az önérdek, az egoismus. Ha családjogi vagyonjogot a vagyonjog körébe vennők, akkor másik részét, t. i. a személyi családjogot megint a személyi jogba kellene olvasztani. Igy teszi Justinianus, ki Gaius nyomán az egész joganyagot felosztja, ius quod pertinet ad personas (személyi jog + személyi családjog), ius quod pertinet ad res (vagyonjog + családi vagyonjog; a vagyonjog felosztása nála dologi jog, a mibe az örökjogot is veszi, és kötelmi jog), ius quod pertinet ad actiones (perjog). A vagyonjog körében tehát a pusztán vagyoni, magángazdasági érdekű jogok maradnak. Ezek megint kétfélék: vagy absolutak, vagy relativek. Az absolut vagyonjog: *a dologi jog*, a relativ vagyonjog *a kötelmi jog*. A kettő közti különbség pusztán annyi, hogy a dologi jogok esetén kötelezett alany minkenki, kivéve a jogosultat, a kötelmi jogoknál pedig csak egy vagy több bizonyos személy. Minden más különbség, melyet a dologi és kötelmi jog között felállitanak, nem helyes.

Igen nehéz kérdés, hogy mi e jogok tárgya? Ha a jog tárgya alatt az élvezeti obiectumot értjük, akkor a dologi jog tárgya a dolog (tehát valóban *dologi* jog). De vajjon akkor mi a kötelem tárgya? A kötelmek egy nagy részének czélba vett élvezeti obiectuma szintén a dolog (darére menő obligatiók), másik részénél pedig élvezeti obiectumot találni nem lehet. A kötelmi jog terén ki fogjuk fejteni, hogy tárgya voltaképen az a magatartás, melyet a kötelezett alanynak tanusitania kell. De ha ez áll, akkor a dologi jog tárgya is csak az a magatartás lehet, melyre a jogosultan kivül mindenki kötelezve van, az t. i., hogy a jogosultat a dolog teljes vagy bizonyos irányban történő élvezésében ne zavarja. A dolog tehát nem tárgya a dologi jogoknak, ép oly kevéssé, mint nem az a darere menő obligatióknak. A dolog nem tárgya a jognak, hanem a jogok czélja a dolog élvezése. Ez pedig nemcsak a dologi jogok czélja, hanem sok más jognál is megvan. A dologi jog kriteriuma tehát nem az, hogy *dologi* jog, hogy dologra vonatkozó jog, hanem csak az, hogy absolut vagyonjog, míg a kötelmi jog relativ természetű. A dologiság, a dologra vonatkozás nem különbözteti meg a többi vagyonjogoktól, megvan ugyan benne, de megvan más vagyonjogoknál is. A *dolgok* fogalmát és felosztását ennek alapján nem helyes a dologi jog általános részébe tenni, hanem talán a vagyonjog általános részébe volna helyezhető. Minthogy azonban a családjog és személyi jogban is visz szerepet a dolog fogalma, leghelyesebb az egész magánjog általános részébe helyezni. Mi is ott tárgyaltuk az institutio tankönyvekkel egybehangzóan, de nem merítettük ki a teljes felosztást. Ezt azokon a helyeken fogjuk tenni, a melyeknél az illető felosztásnak legnagyobb a fontossága. Igy a gyümölcsökről a tulajdonkeletkezésnek fructuum separatio, illetve perceptio fejezetében fogunk szólani stb.

A vagyonjog két fejezetéhez mintegy függelékül csatoljuk az *örökjogot* az 55. oldalon kifejtetteknél fogva.

Igen nehéz kérdés még a *birtok* elhelyezése is. Birtok általában gyakorlása annak, a mit voltaképen a jogosult cselekedhetik csak. A birtok tehát tény. Igy fogva fel a birtokot, az általános részben a tényállások közt kellene tárgyalni. Hisz ott tárgyaljuk az időt is, melyhez a birtok abban hasonlit, hogy mindkettő állapot-tény, tartós tény. A birtokhoz sok mindenféle jogi következmény fűződik, épúgy mint bármely más tényhez. E jogi következmények közül igen fontos az, hogy a birtok maga védetik, az állam a birtokló érdekében védelmi jogszabályokat bocsát ki, a melyek szintén sui generis subiectiv jogot constituálnak. Ezt a birtokvédelmet a tudomány szintén a birtok szóval jelöli meg. Ennek a jognak az elhelyezése épen a kérdéses. Vagyoni érdekű, tehát nyilván a vagyonjogba való. Csakhogy ez a birtokjog különféle a szerint, hogy miféle jogosultság tényleges gyakorlatát védi. Igy a tulajdon mellett van birtok (annak gyakorlása, mire a tulajdonos van jogosítva), az ezt védő birtokjog kisebb, de hasonló védelmet ad, mint a tulajdoni védelem (Zsögöd szerint tulajdon = ius plenum, birtok = ius minus plenum), tehát a dologi jogban tárgyalandó. De ép úgy képzelhető, hogy valamely nem dologi jog gyakoroltatik jog nélkül, azaz birtokoltatik, és ez esetben a birtokjog nem való a dologi jogba. Ebből a szempontból számosan (pl. Baron, Vécsey) a vagyonjog általános részébe teszik, t. i. a dologi és kötelmi jog elé. Mások megint a dologi jogba helyezik, mint külön dologi jogot (Kajuch, mi is). Jhering úgy kivánja elhelyeztetni, hogy minden jog után kell a neki megfelelő birtokot, illetve annak védelmét, a birtokjogot tárgyalni. Ez volna a legkövetkezetesebb, de keresztül vihetetlen, mert akkor valahol ezt megelőzőleg még a birtokról általában is kellene beszélnünk. Savigny a birtokot a kötelmi jog delictum fejezetébe helyezte birtokelméletének megfelelően (erről később). Bárhová helyezzük is a birtokot, az materia fugitiva marad, a milyen számos van a jogrendszerben. Ilyen pl. az ajándékozás tana, melyet Justinianus a dologi jogban tárgyal, mások (mi is az institutio kézikönyveknek megfelelően) a kötelmi jogban, végül vannak olyanok, kik az általános részben, mint fontos ügyleti causát, fejtegetik. Mindegyik elhelyezésnek van bizonyos tekintetben jogosultsága, de más tekintetben megint helytelen.

Eredményünk tehát az, hogy a vagyonjog két részre oszlik: dologi és kötelmi jogra, a melyekhez mint függelék az örökjog csatlakozik.

Dologi jogok.

66. §. Általános megjegyzések.

A dologi jogok tárgyalásánál általános részre egyrészt nincs szükség, másrészt ily általános rész nem is lehetséges.

Nincs szükség rá, mert csak bizonyos tartalmú dologi jogok lehetségesek. Taxative felsorolhatók azok a szolgáltatások, melyek a dologi jogok tárgyául szolgálhatnak. Nem így a kötelmi jogoknál. A kötelmi jogok tárgyai megszámlálhatatlanok, úgy hogy minden egyes kötelmi jogról külön nem is beszélhetünk, hanem csak egy pár fontosabbról. A kötelmi jogoknál szükség van tehát általános részre, a melyben azokat a szabályokat tárgyaljuk, melyek bármely tartalmú kötelmi jogra vonatkoznak és csak néhány kötelmi joggal foglalkozunk külön részletesen a kötelmi jog különös részében. A dologi jogoknál nincs erre szükség, mert a dologi jogok száma kevés, taxative felsorolhatók és tárgyalhatók.

De másodszor nem is lehet a dologi jogoknál általános rész. Nem lehet pedig azért, mert nincsenek olyan általános szabályok, melyek minden dologi jogra állanának, közösek. Csupán három az, a mi minden dologi jognál közös. Először közös az, hogy a dologi jogok mind absolut jogok, kötelezettségi alanyuk mindenki, kivéve a jogosultat. Másodszor közös, hogy tárgyuk, értve ez alatt az élvezeti obiectumot, mindig dolog. Közös harmadszor minden dologi jognál az, hogy negativ természetűek, vagyis a nekik megfelelő állami norma: tilalom, negativ magatartás parancsa.

Régebben még egy közös vonását vélték megtalálni a dologi jogoknak, azt állítván, hogy minden dologi jog megszerzéséhez kettő szükséges: *titulus* és *modus acquirendi*. A mult században (úgy az osztr. polg. tk. is) azt hitték, hogy a dologi jog megszerzéséhez először valami követelésre van szükség (titulus acquirendi), követelés, melynek alapján a dolog nekünk jár és azután kell, hogy a dolgot bizonyos módon kapjuk, pl. traditio útján (modus acquirendi). Csak hogy ez hibás, mert vannak esetek, a mikor ez nem áll. Pl. az occupatio. Ez is tulajdonszerzési mód, modus acquirendi, de hol van itt a titulus? A fructuum perceptiónál is van modus, t. i. maga a perceptio, de szintén kérdezhetjük, hogy hol a titulus. Ezt azután úgy magyarázták ki, hogy ezeknél a titulus a törvény. Az, hogy vannak oly esetek a dologi jogoknál, melyeknél ez a titulus és modus megkülönböztetés nem áll, ez ennek a meghatározásnak egyik hibája. A másik hiba meg az, hogy nemcsak a dologi, hanem a kötelmi jog terén is megkülönböztethetjük a titulust és modust. Ha pl. ajándékból cedálok valami követelést, akkor a modus a cessio, a titulus az ajándék. Egy szóval ez értéktelen megkülönböztetés, általános, a dologi jogokra közös igazságnak nem tekinthető.

Ez minden, mit a dologi jogokról általánosságban mondhatunk. Az egyes dologi jogok az egyes jogrendszerekben különböző számban vannak. A római jog két nagy csoportra osztotta a dologi jogokat: ius in re propria: a tulajdonjog, és iura in re aliena (helytelen elnevezés l. 53. old.): a szolgalom, az emphyteusis, superficies és a zálogjog. Az egyes dologi jogokat megelőzőleg a birtokot tárgyaljuk.

I. FEJEZET: A BIRTOK.

67. §. A birtok fogalma.

Mi a birtok? Jog-e vagy tény? Ez százados vitatkozásnak a tárgya, melyre még ma sincsen megállapodás.

A birtokot ellentétbe helyezik a joggal. Ha azt mondjuk, hogy birtokolok egy dolgot, ez alatt azt értjük, hogy én tényleg használok egy dolgot, birtokolok egy kabátot, annyi, hogy tényleg használom, helyesebben abban a helyzetben vagyok, hogy a dolgot tényleg használhatom. A rendes állapot az, hogy az birtokolja a dolgot, legyen abban a helyzetben, hogy a dolgot használhassa, a ki erre jogosult, a kinek a joga erre van irányitva, azaz, kinek az érdekében a jogrend, az állam egy ezt az elvezetet biztositó parancsot bocsát ki, tehát a tulajdonos. És valóban birtok és tulajdon rendesen összeesik. Innen van az, hogy a laikus e két fogalmat felcserélve használja, tulajdon helyett birtokot mond, különösen az ingatlanra vonatkozólag. Ez alatt a kifejezés alatt, hogy ez a dolog az enyém, érti azt is, hogy tulajdonomban, azt is, hogy birtokomban van. A jogásznak persze, mint látni fogjuk, e kettőt el kell egymástól választani. Hogy birtok és tulajdon a legtöbb esetben összeesik, annak magyarázata az, hogy azt az élvezetet, melyben a jog a tulajdonost védi, ez csak úgy érheti el, ha a dolgot egyszersmind birtokolja is, azaz abban a helyzetben van, hogy a dolgot használhassa. A teljes tulajdonjog tehát magával hozza a ius possidendit, a birtokot is és tulajdonjogunk meg van sértve, ha a birtok akaratunk ellenére másnál van. Ez azonban nem azt jelenti, hogy a birtok a tulajdonnak czélja, a czél a dolog használata, élvezete és ehhez a birtok csak oly eszköz, mint maga a tulajdon.

Birtok és tulajdon azonban nem mindig egyesül egy alanynál. Tulajdonos marad valaki, ha a dolgot pl. el is lopták tőle vagy ő adta oda másnak. A parancs, hogy a dolgot más nem használhatja, nem élvezheti csak ő, tovább is fenmarad, bár tényleg ő jelenleg nincs abban a helyzetben, hogy használhatná, vagyis a birtok nincs nála. A birtok ilyenkor annál van, ki abban a tényleges állapotban van, hogy a dolgot használhatja. A birtokot ennek alapján úgy definiálják, hogy a *birtok tényleges állapot.* Én birtoklom a dolgot, annyit jelent, hogy a dolog nálam van, az én hatalmi sphaerámban

van, olyan testi közelségben van hozzám, hogy csak rajtam áll, hogy a dolgot élvezhessem. Birtok van már akkor is, mikor még nem élvezek, de a testi közelség olyan, hogy csak rajtam áll, hogy a dolgot élvezhessem. Ez a testi közelség in concreto igen különböző. Például birtoklom a házat, ha meg van adva a lehetőség, hogy hozzá eljuthassak. Én Pesten birtokolom a temesvári házamat mindaddig, míg meg van adva a lehetőség, hogy Temesvárra lejövén, nem akadályoznak meg a hozzájutásban. De már a temesvári rostélyost nem birtokolom, bár a testi közelség ugyanolyan, mint a ház esetében. Csakhogy a rostélyost nem szokás igy par distance élvezni. A birtok esetében tehát a külső viszony, a mely szembeötlik, az más-más a különböző dolgoknál. Én a dolgot akkor birtokolom, ha a dolog olyan testi positióban van, a melyben az ilyen dolog lenni szokott, a mikor az ember élvezni akarja. A levelet birtokolom, ha benne van a levélszekrényemben, de már a mezőmön lévő levél nincs az én birtokomban. A mezőmön levő gépek viszont birtokomban vannak, mert azokat így szokás élvezni. A tégla, melyet épitési helyemen leraknak, birtokomban van. *Birtok alatt tehát azt a tényt, szorosabban azt az állapotot, vagy mások szerint azt a tényleges állapotot vagy azt a tényleges viszonyt értjük egy ember és egy dolog közt. a melynél fogva ennek az embernek lehetőségében van ezt a dolgot a maga szokásszerű rendeltetése szerint használni.* Minthogy a dolgok rendeltetése más és más, a tényleges viszonynak is más és másnak kell lennie. Mathematikus pontosságú formulát arra, hogy a dolognak mily testi közelségben kell lennie, felállitani nem lehet. A birtok tényét esetről esetre kell eldöntenünk, megfelelvén arra a kérdésre, hogy ezt a dolgot ez az ember úgy tartja-e hatalmában, a mint azt szokás használni. A birtok tehát az élvezési lehetőség. Ezt az élvezési lehetőséget biztosító testi közelséget nevezi a latin *corpus possessionis*-nak, vagy röviden *corpus*-nak. De a physikai lehetőség az élvezésre nem teszi még a birtokot, kell ezenkivül az öntudat, az akarat is a dolognak a birására, a corpus fentartására. Alvó embernek nem lehet tudomása arról, hogy én kezébe valami dolgot tettem, és ezért ő nem is birtokolja ezt a dolgot. Hogy tehát valaki egy dolgot birtokoljon, nem elég a physikai viszony az ember és a dolog közt, azaz nem elég a corpus, hanem kell az *animus possessionis*, a birtoklási akarat is. Az oly ember, kinek jogilag a cselekvésre irányuló akaratát el nem ismerjük, a ki tehát nem cselekvőképes, az nem is szerezhet birtokot. Akarat nélkül nincs birtok. Windscheid szerint ugyan lehetséges, hogy „a birtoklónak birtoka tekintetében semmiféle akarata sincs“, de utána teszi, hogy „ez a jog előtt közönyös factum“, vagyis nem birtok.

A birtokot tehát két elemre osztották fel: corpus és animusra. Ezzel azonban azt a tévhitet költötték fel, mintha corpus és animus két teljesen önálló momentum, egyenrangú két elem volna, a miből folyna, hogy animus lehető volna corpus, corpus animus nélkül.

Az ember mintegy úgy képzelhetné a birtokviszonyt, mintha mindenek előtt a térbeli közelségét a corpust kellene létesíteni, a mihez azután esetleg az animus járul, corpus volna az ágy, mibe az animus belefekszik. Ez nem áll, mert tényleg úgy áll a dolog, hogy sem corpus animus nélkül, sem animus corpus nélkül nincs, mind a kettő egyszerre keletkezik az által, hogy a használási érdek, az akarat a dologhoz való viszonyában megtestesül. A birtok tehát nem corpus + animus, nem puszta találkozása a külön már megvolt corpus és animusnak, hanem a corpus az akarat ténye, a corpus az akarat, a használási érdek kifejezése, nyilvánulása, ép úgy, mint a szó a gondolat megtestesülése. A szóban testesül meg, lesz érzékelhetővé az addig pusztán belső gondolat, a corpusban, az embernek a dologhoz való viszonyában, az addig belső használási akarat, az érdek, az animus. Ezt megelőzőleg az észlelhetőség a külvilág, a szabályozás, tehát a jog számára egyik sem létezik. Maga a testi közelség még nem corpus, corpussá csak akkor lesz, mikor az animus rányomja a birtokviszony bélyegét. Jhering, kinek tanát adtuk az eddigiekben is, a corpus és animus viszonyát a jognak egy más alakulatával állítja párhuzamba: a szokásjoggal. Ez is két elemből alakul, egy külsőből, a szokás tényéből, a gyakorlatból és egy belsőből: a jogi meggyőződésből, az ú. n. opinio necessitatisból. A régi theoria az első, a külső momentumot állította előtérbe, a melyhez a második elem csak hozzájárul. A valóságban azonban úgy áll a dolog, mint a birtoknál. Itt is a gyakorlat a jogi meggyőződésnek külső nyilvánulása, realis megvalósulása, érvényesítése.

A corpus és animus viszonya a birtokjog alapvető fontosságú kérdése. Savigny, az eddig uralkodó birtoktan megalapítója úgy definiálta a birtokot, hogy az egy bizonyos akarattal (animus) egyesülő természetes (physikai) hatalom (corpus) egy testi dolog felett, a melynél fogva minden idegen behatás meggátolható. Elemezzük e definitiót. Az első, a mit kifogásolnunk kell, az a birtoknak az a felfogása, hogy az physikai hatalom, melynél fogva minden idegen behatás meggátolható. Ez nem áll. A temesvári házam a házmesternek inkább van physikai hatalmában, mint nekem, mégis én vagyok a birtokosa. Dr. Schwarz Gusztáv a Magyar Igazságügy 1888. évfolyamában az újabb birtokirodalomról irván, igen tanulságos példákat hoz fel, melyek közül épen tanulságos voltuk miatt egy párat átveszek. Ha többen egy asztal körül ülünk és én az én zsebkésemet az asztal közepére teszem, úgy a physikai behatás lehetősége erre az órára mindannyiunkban egyenlő nagy: birtokos mégis csak én leszek. Ha a szinházban a ruhatárosnak adom át a kabátomat, én elvesztettem, ő elnyeri a physikai hatalmat — de azért birtokos csak én maradtam. Példák a forrásokból: ha pénzt ástam el a más ember telkében, bármeddig és bármily távol utaztam is el, sőt ha egy ideig el is felejtettem, hogy hová

rejtettem a pénzt, mindaddig, míg a telektulajdonos a pénzemet ki nem veszi a földből, én maradok a birtokos, pedig a physikai behatás lehetősége ő nála van, nem én nálam. Valakire reábiztuk a holminkat, ő meghal, jobbról is, balról is neki esnek az éhes örökösök a hagyatéknak: mindaddig, a míg a mi holmink ott van a hagyatéki tömegben, a mienk a birtok is, pedig sem a physikai behatás lehetősége sincs meg, sem az a lehetőség, hogy másokat a physikai behatásban meggátoljunk. Egy boros pinczében levő összes borok birtokát megszereztük, mihelyt a boros pincze kulcsait átvettük. Miért? Mert — úgy mondják Savigny hivei (Randa: Besitz) — e kulcscsal meg van adva a pinczében levő hordók feletti physikai behatás lehetősége is. Ha most valaki a kulcsot tőlem ellopja, akkor ugyanaz a physikai hatalom, mely azelőtt nálam volt, átment a harmadik személyre, nálam belőle semmi sem marad, mégis a források szerint a birtok nálam marad addig, míg a tolvaj magukat a hordókat is hatalmába nem keríti. Ha követ adnak át nekem, elég ha a helyszinén az átadási nyilatkozat történik, ezzel a birtokot elnyertem. Ha most távozom és az átadó — talán megbánva a velem kötött alkut — ismét ott terem a helyszinén a kőrakás előtt és kijelenti, hogy az átadott tárgyakat ismét birtokba veszi, ő mégsem birtokos, pedig a physikai behatás lehetősége most csak úgy nála van meg, mint nála volt, mielőtt a tárgyakat nekem átadta vagy mint én nálam volt, mikor azokat átvettem. A nyaralómat birtokban tartom télen át is, még ha egy embert sem hagytam ott őrizetére, ha mindjárt a nagy hó miatt a közlekedés egész télen át lehetetlen, úgy hogy a physikai behatásnak még az árnyéka sem marad nálam. Egyáltalában, így folytatja Schwarz, mihelyt az ingatlanok birtokára térünk, a physikai hatalom szempontja teljesen felmondja a szolgálatot. Egy zsebórát, egy könyvet, egy csomó pénzt még csak tarthatok physikai kizárólagos hatalmamban, de hogyan tartsam physikai hatalmamban száz holdnyi erdőmet. Bruns szerint minden favágónak, a ki egy fejszével átmegy az erdőmön, több physikai hatalma van fölötte, mint magamnak. De különben is a római jog szerint az, a ki az ingatlanomat tudtomon kivül elfoglalja, nem tekintetik birtokosnak mindaddig, míg én arról értesültem és kihajtását meg nem kisérlettem. Egy szóval, a Savigny meghatározása nem talál, a birtok corpusa nem physikai hatalom, hanem az a helyzet, hogy valamely dolog bizonyos személynek tényleg szolgál. Ez a helyzet nem kivánja meg a személy és dolog közti physikai közelséget, és különben sincsenek állandó ismertető jelei. Minthogy oly tényekről van szó, melyek lépten-nyomon, napról napra történnek, a forgalmi élet felfogása, a mely a gyakorlatban és szokásban nyilvánul, a döntő. A gyakorlati élet adja meg tehát a feleletet arra a kérdésre, vajjon valamely dolog szolgál-e valakinek, azaz birtokban van-e, vagy sem. A forgalmi élet adja meg a feleletet arra, hogy miképen lehet megismerni, vajjon valamely

dolog oly helyzetben van-e, a mint azt használni szokták. A folyón úszó fatörzseim, melyeket az erdőből a városba szállitok így, birtokomban vannak, holott az ugyanúgy úszó asztalomra, butoromra való birtokomat elvesztettem.

Maguknak a forrásoknak nyelvhasználata is mutatja, hogy a birtok alatt használhatást értenek. Aelius Gellius úgy definiálja a birtokot: Possessio est *usus* quidam agri aut aedificii, vagy a birtok általi tulajdonszerzést *usu*capiónak hivjuk és l. 115 D. d. verb. sign. 50. 16 szintén úgy szól, hogy possessio ergo *usus* est.

Savigny birtokelméletének második pontja: az *animus* kérdése. Ez voltaképen az a pont, mely Jheringet, a birtoktannak Savignyval congenialis művelőjét, a Savigny theoriájának megtámadására birta. Savigny ugyanis az animust nemcsak úgy fogja fel, hogy a physikai hatalomra, a corpusra rányomja bélyegét, hanem a római jognak azt a distinctióját, mely kétféle birtokot, *detentiót* (*birlalatot*) *és possessiót* (*birtokot*) különböztet meg, szintén az animusra vezeti vissza. Ha az, a ki valamely dolgot hatalmában tart, ezt azon akarattal, szándékkal (animus) teszi, mintha azon dolog az ő tulajdona volna, tehát tulajdoni akarattal gyakorolja a physikai hatalmat, akkor e viszonyt jogi birtoknak, a római jogforrásoknak possessiónak nevezzük. A birtok tehát szerinte két elemből áll: physikai hatalomból (corpus) és tulajdonosi akaratból (animus domini). Ellenben, ha az, ki valamely dolgot hatalmában tart, egy más személy tulajdonosi akaratát ugyanazon dolog irányában elismeri, akkor azon tényleges viszonyt természetes birtoknak, detentiónak nevezzük. (A források tenere-ről, in possessione esse-ről, naturalis possessióról szólnak.) A detentióban tehát hiányzik az animus, illetve csak animus rem alieno nomine possidendi van.

Savignynek ez az animus domini-je csakhamar revisio alá került. A római jog ugyanis birtokosnak minősíti a zálogbirtokost, a precaristát (olyan, kinél a dolgomat úgy tartom, hogy bármely pillanatban visszavehetem), az emphyteutát (kinek a dolgot teljes használatra adom, de a tulajdonjogot kifejezetten visszatartom), a sequestert (kinél egy dolgot, melynek tulajdonáról foly a vita, leteszünk, hogy annak adja, ki a vitában nyertes marad). Ezek mind birtokosok, pedig épen az jellemzi ezeknek jogi állását, hogy *nem* tulajdonosi akarattal birják a dolgot. A zálogbirtokos, mihelyt tulajdonos módjára használja a dolgot, tehát, mihelyt pl. a dolgot használja, gyümölcseit húzza, elhasználja — nem zálogbirtokos többé, hanem tolvaj. A birtoknak ezen eseteit, t. i. a zálogbitelezőnek, a zárgondnoknak (sequester), az emphyteutának és a precaristának birtokát Savigny singularitásnak, anomaliának tekinti, mert ezeknek akarata tényleg nem arra irányul, hogy tulajdonosként birják a dolgot és a római jog akaratuktól eltérően mégis birtokot ad nekik. Ezeket ő a birtok különös nemeként emliti és *származtatott* (*derivativ*) *birtoknak* nevezi.

Ez a tan Jheringig fentartotta magát olyannyira, hogy nemcsak a római jogászok, hanem még az ú. n. észjogászok is hirdették és a mit a tanon változtattak, csak annyiból állott, hogy a Savigny animus dominijéből holmi animus possidentis, animus dominantis, animus rem sibi habendit csináltak.

Jhering a maga remek Besitzwille-jében minden oldalról megtámadja e theoriát. Megtámadja először processualis szempontból. A Savigny theoriája szerint nemcsak a corpust, a tényleges állapotot kellene a birtok tagadása esetén bizonyitani, hanem az animus rem sibi habendit és, hiszen a corpus a detentiónál is megvan, tehát a külön animust, a mely a possessiót a detentiótól megkülönbözteti, is be kell bizonyitani. Ez azonban nincs így. Birtokom bizonyitásánál csak a corpust kell bizonyitanom, az animussal a biró nem törődik és ezzel nem tesz mást, mint a mit a római biró tett, a ki Paulus szerint a birtokot bebizonyitottnak tekintette, ha felperes a birtoknak külső tényét beigazolta (Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in iure, quam in facto consistit ideoque sufficit, si rem corporaliter teneam.) Megtámadja másodszor Savigny tanát a források alapján. A forrásoknak számos helye azt mutatja, hogy a római jogászok az animust figyelembe nem vették, sőt ellenkezőleg számos hely van, mely egyenesen az animus theoria megczáfolásához vezet. Igy ha a bona fide serviens (oly szabad, ki magát rabszolgának hiszi) megvesz valamely dolgot, a források szerint birtokossá lesz (l. 21 pr. d. A. R. D. 41. 1.), pedig animusa épen nem irányul a suo nomine possessióra. A filius familias, kinek pater familiasa idegenben meghalt, a nélkül, hogy ő erről tudomást nyert volna, megnyeri a vett dolgon a possessiót (l. 44. §. 4 de usurp. 41. 3), holott ő azt hiszi, hogy atyjának szerzi a dolgot, tehát magát csak detentornak hiszi. De plus est in re, quam in existimatione mentis. Ugyanott 7. §. alatt Papinianus birtokot ad a filius familiasnak, kinek atyja az ellenséges fogságban halt meg, birtokot ad neki a fictio legis Corneliaenél fogva már atyja fogságba esése pillanatától, habár ez esetben animus possidentisről szó sem lehet. L. 13. de donat. 39. 5 alatt Ulpianus csak detentiót ad a képviselőnek, még ha a maga számára akarja is a birtokot szerezni. Ha az örökös valamely örökségi dolgot bérbe vesz (l. 21. de usurp. 41. 3, bár ő birtokot nem is akar, hisz nem tudja, hogy a dolog voltaképen az övé és bérleti szerződést köt, mégis birtokos és a bérbeadó elveszti a maga birtokát. Viszont valamely telek bérlőjének halálával örököse, ki a bérleti szerződésről mitsem tud és a telket az örökhagyóénak hitte, csak detentiót nyer, bár animus dominije van (l. 60. §. 1 Loc. 19. 2). Mind e példákban birtok van animus possidendi nélkül és animus possidendi birtok nélkül. Megtámadja végül Jhering a tant materialis szempontból. Ha az egyéni akarat a döntő, abban a kérdésben, valamely tényleges állapot birtok vagy birlalat-e, akkor ezzel egyszersmind el van ismerve az is, hogy a

személytől magától függ, hogy viszonya a dologhoz birtok-e vagy birlalat. Ha animus dominire határozza magát, akkor birtoka van, ha nem, akkor csak birlalata. A bérlő, haszonbérlő, haszonkölcsönbe vevő (commodatarius) tehát birtokos vagy birlaló volna, a szerint, a mint ő magát határozná el animus dominire vagy animus alieno nomine detinendi-re. Pedig ez nem áll. Ők mindig detentorok, bármilyen is az animusuk. A Savigny theoriájának végső consequentiája az volna, hogy a birtokviszony neme teljesen az alany akaratelhatározásától függne, hogy tehát akaratát tetszése szerint változtathatná, ma birtokolhatna, holnap birlalhatna és így tovább, pedig épen a római jognak az a szabálya: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.

Ezzel szemben a Savigny hivei azt mondhatnák, hogy nem az egyén individualis animusát, hanem az abban a helyzetben levőknek typikus akaratát kell nézni. Hogy valamely bérlőben megvan-e az animus detinendi, az teljesen közömbös, az abstract, a typikus bérlőben megvan. E szerint más akarata van a vevőnek, a tolvajnak, más a bérlőnek, a commodatariusnak; azok a tulajdonos helyzetét akarják elfoglalni, ezek nem, és a jog csak saját akaratuk következményét vonja le, mikor azoknak birtokot, ezeknek csak birlalatot ad. Vajjon valamely személy ez akaratiránynak és az ahhoz fűződő következményeknek tudatában van-e, nem jön tekintetbe, a jog nem az individualis, hanem az abstract akarattal operál, nem *ezt* a vevőt, tolvajt, bérlőt stb. kell nézni, hanem a typikust és ezért az individualis akaratnak a typikustól való eltérése semmi befolyást sem gyakorol, a bérlő mindig detentor, még ha birtokosnak hiszi is magát, illetve az akar is lenni. De ha ezt elfogadjuk, akkor az animus voltaképen irrelevans és ez a Savigny theoriának teljes megdöntése.

Ha azonban nem az animus adja meg az elválasztó vonalat a birtok és birlalat közt, miből fogjuk megtudni, vajjon birtokkal vagy birlalattal van-e dolgunk? Mert a külső viszony mindkettőnél ugyanaz, a corpusból nem következtethetünk birtokra, illetve birlalatra. A kettőt pedig egymástól el kell választanunk. Mint később látni fogjuk, a birtok jogi védelemben részesül, holott a detentio nem, igen fontos tehát, hogy a kettőt meg tudjuk különböztetni. Az animus már azért sem lehet döntő, mert mint láttuk, a birtokhelyzet (a detentio) nem áll az alany subiectiv hatalmában a dolog felett, hanem egy bizonyos obiectiv viszonyban, mely harmadik személyek által is látható és megbirálható. Ha a birtokos alanyi hatalma a dolog felett, bármily nagy legyen is, nem elegendő a birtok, tényálladékához, hacsak e hatalom egy obiective, kiki által észrevehető, külső situatióban kifejezést nem nyer, másfelől pedig ezen obiectiv helyzet fenforgása elegendő a birtok fennállására, ha mindjárt ama subiectiv hatalomból a dolog felett nincs is meg egy porszemnyi sem, akkor természetes és közelfekvő dolog, hogy azon kérdés felett is, vajjon ama birtokállapot jogsegélyben részesüljön-e (birtok, pos-

sessio), vagy sem (birlalat), az obiectiv tényállás, ne pedig a birtokos subiectiv akarata döntsön. (Schwarz.)

Ezért már Jheringet megelőzőleg Dernburg határozottan állást foglalt a Savigny birtokosi akarata ellen, és azt tanítja, hogy a detentio és possessio közti megkülönböztetés nem a birtokosi akarat más-más voltán, hanem csakis gyakorlati és történeti törvényhozási indokokon nyugszik; azért e kérdésre, vajjon egy concret esetben possessio vagy detentio forog e fenn, nem a birtokos akarata, hanem a jogszabály, közelebbről az obiectiv tényállás, a melyhez a jogrend ezt a hatást fűzi, azaz a *causa possessionis*, adja meg a választ. Ezért ő taxative elősorolja a causae possessionis és causae detentionis eseteit. Ez a theoria még csak egyben sántikál, t. i. abban, hogy szerinte a perben a birtokosnak nemcsak a corpust (másképen detentiónak hivják) kellene bizonyítani, hanem azt is, hogy ezt a birtokot oly czimen, illetve módon szerezte, a melyhez a jogrend a birtokosi védelem hatását fűzi. Valójában azonban a birtokosnak csak a tényleges helyzetet, a corpust kell bizonyítania, hogy birtokosnak tekintessék, a mivel szemben a másik fél tartozik bizonyitani, hogy az mégsem birtok, hanem csak detentio, mert causája csak detentióhoz vezet. Hiszen, ha a birtokostól a causa bizonyitását kivánnák meg, akkor az esetek legtöbbjében a birtokos védtelen maradna, mert ki tudná mindig birtokának causáját bizonyítani? Hogy e tekintetben is megfeleljen ez a causalis theoria, praesumptio iurishoz kellett folyamodnia, hogy t. i. mindaddig causa possessionist kell felvennünk, míg az ellenkezője be nincs bizonyítva. Ezt a vélelmet kerüli el Jhering, mikor úgy formulázza a tételt, hogy *valahányszor a birtokviszony megállapításához általában megkivánt két elem: corpus és animus megvan, mindig birtok származik, hacsak oly jogszabály nem bizonyítható, a mely e két elemhez kivételesen csak detentiót fűz.* Annak kell bizonyítania, a ki valamely ilyen birtokot kizáró ok létezését állítja. A birtok bizonyításához elegendő puszta kimutatása a külső birtokviszonynak (corpus), a mely mint ilyen az animust is magában foglalja. Az ellenfél dolga oly okot felhozni, mely a fenforgó esetben a birtokot kizárja, t. i. vagy hogy azt, a dolog nem lehet birtok tárgya (res extra commercum), vagy hogy causa detentionis forog fenn. Már most kérdés, hogy mit kell causa alatt itt értenünk. Causa itt nemcsak a jogalap (ez a causa jelentése a tulajdonátruházásnál), hanem a birtokhelyzet keletkezésének jogilag relevans módja. Hogy pedig mik azok az esetek, a melyekben detentio van csak, azt a különös részben fogjuk látni. Ilyen a képviselőnek, a mandatariusnak, a depositariusnak, a bérlőnek és haszonbérlőnek, a haszonélvezőnek, a birtokba utaltnak, a rabszolgának és a régi jogban a filius familiasnak a birtoka.

A Savigny formulázásában a birtokról mindezek alapján hármas hiba rejlett: a physikai birtoklás nem az, a minek ő leirja; a birtokosi akarat nem az, a minek ő leirja, végre a viszony a kettő

között nem az, a minek ő előadja. Röviden ugyanis, úgy mond Schwarcz az idézett helyen, a birtoklás (detentio) nem physikai hatalom; a birtokosi akarat nem tulajdonosi akarat; végre a viszony a kettő között nem az, a minek Savigny előadja: mert a birtokosi akarat megvan a detentorban is, a detentio az animustól sohasem választható el oly élesen, mint a hogy azt Savigny teszi, és az, vajjon a birtok tényéből birtokjog származik-e vagy sem, soha a birtokos subiectiv akarata szerint, hanem más, akaratától független tények szerint határozódik.

Jhering a maga és Savigny-theoria közti különbséget a következő formulával tükrözteti vissza. Jelöljük, úgymond, a birtokot x-szel, a detentiót y-nal, a corpust c-vel, az animust, a melylyel a Savigny-theoria szerint a detentornak is birnia kell (animus detinendi) a-val, azt a plust, mely szerinte a birtoknál ehhez hozzájárul (hogy t. i. suo nomine akar birni), p-val, a Jhering theoriája szerint a birtokot bizonyos esetekben tagadó jogszabályát n-nel. Savigny theoriája szerint

$$x = a + p + c$$
$$y = a + c$$

Jhering szerint

$$x = a + c$$
$$y = a + c - n.$$

Ebből igen sok különbség foly, úgy főleg az, hogy a hol corpus és animus megvan, ott kétség esetén Savigny szerint csak detentio volna, holott Jhering (és a források) szerint birtok van; detentio csak ott van, hol a források kifejezetten mondják. A birtok a detentiótól a Savigny theoriája szerint nemcsak következményeiben különbözik, hanem a tényállás tekintetében is, a mennyiben a birtokosnak nagyobb, több az akarata, mint a detentornak; ellenben a Jhering elmélete értelmében a tényállás mindkettőnél ugyanaz (corpus, mely birtoklási akarat nyilvánítására alkalmas), de míg a detentio csak tényállás marad (ezért a corpus helyett detentiót is szoktak mondani) addig a birtok esetén ehhez a tényálláshoz a jogrend következményeket is fűz. És így eljutottunk ahhoz a százados kérdéshez, vajjon jog-e a birtok, vagy tény.

67. §. Jog-e a birtok, vagy tény?

(Dr. Schwarz Gusztáv idézett czikkéből.)

Bekker könyve (Das Recht des Besitzes bei den Römern) volt az, a mely e kérdésre meghozta a választ. A hiba, a miért e kérdés oly nehezen bonyolult ki, itt is, mint számos más esetben, magának a kérdésnek hamis feltevésében rejlik. A kérdés ily alakban, hogy jog-e, vagy tény, megfejthetetlen, mert a birtok szó kétértelmű valami: jelenti a birtoklási tényt (factum possessionis) és jelenti

annak jogi hatását is (ius possessionis). A dolog oly egyszerű, úgy mond Schwarz, hogy érthető, hogy a sok mélységes tudós búvárlat közepette, észre nem vette. Ha a botomat, a kalapomat, a zsebórámat a kezemben tartom: úgy ez kétségtelenül egy physikai *tény*, közelebbről egy physikailag leirható *tényleges állapot*. Ezt az állapotot úgy fejezzük ki, hogy azt mondjuk: e bot, e kalap, e zsebóra az én birtokomban van. A birtok tehát egy tényleges állapot. De a jogrend ezen tényhez jogi következményeket, jogi parancsokat és tilalmakat fűz: e jogi következményekben áll az, a mit birtokjognak (ius possessionis) mondunk. Hogy ezek a következmények jog-e, az nem a birtokjog kérdése, hanem annak kérdése, mit értünk alanyi jog alatt. Minthogy mi alanyi jog alatt rendelkezésünkre bocsátott jogparancsot értünk, a kérdés már csak az, vajjon a birtoktényhez fűződő következmények ilyen parancsok-e, adnak-e igényt? A ki egy dolgot a maga birtokában tart, az ebben a tényleges állapotban védetik; a védelem formája ugyanaz, mint bármely más jog esetén: állami parancsok, illetve tilalmak, melyek a jogrendnek alávetett egyénekhez intéztetnek; e jogparancsok által mindenkinek megtiltatik, hogy a birtokost a birtokában levő dolog élvezetében háboritsa; a tilalom megszegése esetén a birtokosnak kereseti joga adatik a zavartalan birtokállapot helyreállítása iránt, csak úgy mint bármely más jog megsértése esetén. *A birtok tényleges állapotához fűzött joghatások, azaz a birtokot védő és a birtokos rendelkezésére bocsátott jogparancsokat el kell ismernünk a birtokos alanyi jogának, vagy birtokjogának.*

Birtokjog és birtoktény két különböző valami, a kettőnek összetévesztése semmivel sem kisebb hiba, mintha a jog bármely más terén a tényleges jogállapotot a jogkövetkezményekkel összekeverjük. Senkinek sem jut eszébe kérdezni, vajjon a születés, a halál jog-e vagy tény? Pedig e kérdések, úgy mond Schwarz, semmivel sem különbek annál, vajjon a birtok jog-e, vagy tény. A szerződéskötés, a házasság, a születés, a halál tények, a melyekhez a jogrend a maga részéről jogi következményeket fűz, és ugyanez áll a birtok tényéről is. A dolog világossá lesz, mihelyt elképzeljük, hogy mi volna akkor, ha a jogrend megszünnék? A szerződéskötés, házasság, születés, halál, birtok tényei ekkor is megvolnának, akkor is igérnének az emberek egymásnak, akkor is elfogadnának igéreteket, férfi és nő akkor is egybekelne; ember születnék, ember halna akkor is; és a mi a kezemben van, kezemben volna akkor is. A mi nem volna, az e tények jogi következményei: a parancsok is tilalmak ama védő hálója, melyet a törvény ama tények beálltával körénk vet, nem volna többé; a birói segély ama parancsok és tilalmak iránti engedelmesség kikényszerítése nem volna többé; volna az igéret és igéretelfogadás, de nem volna actio ex contractu; volna a férfi és a nő egybekelésének ténye, de nem volna interdictum de uxore exhibenda et ducenda; volna születés és halál, de

amaz által jogokat nem nyernénk, ez által nem vesztenénk; volna a birtoklás ténye (detentio), de nem volna interdictum uti possidetis."

A birtokhoz fűződő állami parancs mindezek alapján alanyi jog. Ép úgy jog, mint a hogy a nexum és obligatio az, pedig ezek a kifejezések teljesen úgy, mint a birtok, magát a tényt is jelentik. Hogy a birtok jogvoltát tagadták, annak magyarázata a kettős fogalomjelölésen kivül az is, hogy a tény és jog viszonya a birtoknál állandóbb, mint egyéb jogoknál. A szerződéskötés a szerződésből folyó jognak keletkeztető ténye ép úgy, mint a birtok ténye a birtokjognak. Csakhogy míg a szerződésből folyó jogok megmaradnak, holott a szerződéskötés csak egy pillanat, a tulajdonjog fennmarad, holott a traditio, a mely által szereztük, csak egy pillanatig tart, addig a birtokjog csakis addig marad meg, a míg a birtokállapot, a birtok ténye tart. A birtok tényének megszüntével megszünik a birtokjog is. Minden egyéb jognál a tény a jognak átmeneti alapja, a birtokjognak a birtoktény állandó feltétele. Ezzel összefügg a bizonyitás kérdése is. Míg más jogoknál a bizonyitás a multra vonatkozik, a jog keletkezésére, addig a birtokosnak a joga alapjául szolgáló birtoktényt a jelenben kell kimutatnia, ő nem elégedhetik meg azzal, a mivel más jogot állitó, t. i. a jog keletkezésével. E tekintetben a birtokjog hasonlit a személyi joghoz. Annak alapja a személy, a személyiség, és személyi joga csak addig van valakinek, a míg személyisége van, a személylyel kezdődik, azzal vész el a személyi jog, ép úgy, mint a birtokjog a birtokkal.

Két kifogást szoktak a birtoknak jogi minősitése ellen felhozni. Az egyik az, hogy pl. a tolvaj is részesül a védelemben, már pedig ő jogtalanul jutott a birtokhoz, jogtalanságból pedig jog nem lehet! Itt az alaptétel nem helyes, mert lépten-nyomon találkozunk azzal a tüneménynyel, hogy jogtalanságból jog lesz, elbirtoklás, specificatio stb. A másik kifogás pedig az, hogy lehet jog a birtok, hiszen a tulajdonossal szemben meg nem állhat, meg nem véd! De ha ez a kifogás állna, akkor a tulajdon sem volna jog, hiszen kötelmi igény alapján megszüntethető, nem volna jog a váltójog (Zsögöd), „a mely épen úgy csak interimistikus szava a törvénynek, a fenforgó tények fölött, mint a birás nyers factumának jogi fűződvénye". Ez is: „jog" csupán a lex minus plena szerint. Nem az (esetleg in concreto), mihelyt a lex plenat ráeresztem. (A nyers eredményt véve.) A hasonlat a váltó- és birtokjog között e tekintetben tényleg frappans. Ép úgy, mint a birtokperben győztes a tulajdonperben vesztes lehet és ekkor birtokát is elveszti, úgy a váltóperben győztes is a köztörvényi úton ugyanabban az ügyben inditott perben vesztes lehet és ez esetben végleg vesztes. A váltójog mégis jog, és igy alanyi jog a birtok is.

Azzal, hogy a birtokhoz fűződő hatásokat alanyi jognak ismerjük el, ismét Jhering nézetét fogadjuk el és ellenkezésbe

jövünk Savignyval, a ki szerint a birtok nem jog, hanem tény, de mégis a joghoz hasonló hatásokat hoz létre. Minthogy pedig a birtok tény, azért benne utódlás (successio in possessionem) nem képzelhető, utódlás csak jogban lehető. Mi Savigny tanának ezt a részét sem fogadjuk el, hanem azt állítjuk, hogy a birtok valódi alanyi jog, ha pedig az, akkor át is ruházható (Strohal: Succession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht; Pininszky: Besitzerwerb). Ha pedig a birtok nem mindig szükségszerűen eredeti módon, hanem származékosan is szerezhető, természetes, hogy a származékos birtokszerzés tényállása is sok tekintetben eltér az eredetitől. Igy vált a *vacuae possessionis traditio*, azaz a birtokátadás fogalma önállóvá az *occupatio*, azaz az egyoldalú birtokbavétel fogalmával szemben.

Most még csak az az kérdés, hogy azok a tények, a melyekkel birtokjogot szerzünk és elvesztünk, milyenek? Abból kell kiindulnunk, hogy mi a corpus és animus viszonya? Corpus possesionis nem is képzelhető a birtoklási szándékkijelentés nélkül, az animus már benne van a detentio tényálladékában, a kettő egymástól széjjel nem választható, ugyanannak a dolognak csak másmás oldalát képezik, úgy viszonylanak egymáshoz, mint akarat és kijelentés. Kijelentés és akarat pedig a jogügylet tényálladékának elemei. Minthogy pedig a birtokosi cselekmények (apprehensio, vacuae possessionis traditio, derelictio) a fentiek szerint jogokat (birtokjogokat) szülő, illetve változtató és megszüntető akaratkijelentések, ennélfogva a birtokosi cselekmények a jogügyletek közé sorozandók. (Schwarz.)

A birtok ténye azonban nemcsak azért fontos, mert védelemben részesül, vagyis mert a birtokjognak a tényalapja, hanem sok más szerepe is van a jog terén.

A birtok először is *tartalma* lehet valamely jognak. A tulajdonosnak birtoka nemcsak tényleges állapot, hanem jogi jellegű is, a mennyiben mögötte áll a tulajdonosnak joga, hogy birtokolhasson. Ha tehát a tulajdonostól elvonják a birtokot, ezzel a tulajdonjogát sértik, tehát maga a tulajdonjog kivánja, hogy a birtokállapot megvédessék. De a római jog még tovább is megy, és megadja a tulajdonosnak az eszközt, hogy a birtokot bárkinek a kezéből, a kinél a dolgot találja, akármikép jutott is az hozzá, vissza is szerezze. Ez az eszköz, mely a legrégibb időben az önsegélynek ünnepélyes actusa volt és csak, ha ellentállásra talált, vezetett jogi eljáráshoz, a *rei vindicatio.* Ez különbözteti meg a római tulajdont minden más tulajdontól. A római felfogás szerint a birtok oly fontosságú a tulajdonra nézve, hogy tulajdon és igény a birtokra egyet jelent. Hogy a tulajdonos a birtok kiadására irányuló igényét érvényesítse, csak azt kell bizonyítania, hogy ő tulajdonos, és hogy az alperes birtokos. Azt az igényt, hogy bármely harmadik személytől a dolog birtokát követelhessük, a római jog a tulaj-

donostól más jogokra is átvitte, azaz a rei vindicatiót a tulajdonos tól más személyekre kiterjesztette (rei vindicatio utilis vagy másképen in rem actio). Ilyenek a superficiarius (ez vitás) az emphytenta, a záloghitelező és a bonae fidei possesor, vagy mint újabban nevezzük, a vélelmezett tulajdonos. Ez utóbbi azonban csak megszoritott rei vindicatiót, úgynevezett Publiciana actiót kap, a melylyel szintén a birtok kiadását kérheti, de már nem mindenkitől, hanem csak attól, kinek kisebb joga van, mint neki, a birtoklásra. E jogoknál tehát a birtok e jogok tartalma, tárgya, ezek jogok a birtoklásra, ép úgy, mint vannak jogok a járásra, használásra stb. Ezen jogokhoz tehát a ius possidendi hozzátartozik.

A birtok ténye másodszor relevans annyiban, hogy a birtok valamely *jog keletkezésének feltétele* is lehet. Az egyszer már létrejött tulajdon további fennállása nincsen a birtok fennállásához kötve, a tulajdonos megtartja a tulajdonát, még ha a birtokot el is vesztette. De a római jog megkivánja, hogy a birtoknak okvetlenül meg kell lennie, hogy valamely tulajdon megszereztessék, vagyis megkivánja, hogy a tulajdon legalább keletkezésekor mutatkozzék teljes realitásában, már pedig a tulajdon realitása a birtok, a mely a tulajdon czéljának megvalósitásához okvetlenül szükséges. Csak a végakarat alapján való tulajdonszerzésnél, akár örökség, akár hagyománynál, keletkezik a tulajdon birtok nélkül, az élők közti forgalomban ellenben „a birtok az elkerülhetetlen kapu a tulajdonhoz vezető úton". (Jhering.) A birtok a tulajdonszerzésnél kétféleképen szerepel. Szerepel mint pillanatnyi átmeneti pont, a birtoknak egy pillanatban kell csak meglennie, de szerepel a birtok mint hosszantartó átmeneti stadium is. A pillanatnyi birtokkal megszereztetik a tulajdon az occupatio, a fructuum perceptio, a traditio esetén, állandó, hosszantartó birtokkal pedig az usucapio esetében. De nemcsak a tulajdonjog szereztetik birtok által, hanem a dologi jogokon kivül számos kötelem is, így a realis szerződésekből eredő obligatiók, számos delictum épen idegen dolog birtokbavételén alapul (lopás) stb. De valamint a birtok jog keletkezéséhez vezet, úgy másrészt a birtokbaadás gyakran jog, kötelem megszünését is okozza, így az obligatiók teljesitése praestatio által stb.

A birtok ténye (a detentio, corpus, mely mögött természetesen animus van) tehát már magában sem csupán res facti, hanem fontos szerepe van a jog különböző térein possessio non tantum corporis, sed et iuris est. Mikor azonban birtokjogról, mint külön jogintézményről szólunk, azt nem ezen hatásokra való tekintettel teszszük, hisz ezekről a megfelelő jogokkal (tulajdon stb.) kapcsolatban lesz szó, hanem teszszük azért, mert a birtok tényéhez magához önállóan is fűződnek jogi hatások, azok t. i., a melyeket ezen a birtokjog néven foglalunk egybe. Csak néhány esete van a birtoktényeknek, a melyekhez ez az önálló hatás, ez a birtokjog nem fűződik, azok az esetek t. i. a melyeket detentiónak nevezünk, a

mivel szemben a birtoknak azokat a szabályszerű eseteit, a melyekhez a később kifejtendő védelem járul, birtoknak, possessiónak hivjuk. Possessio szóval tehát voltaképen három fogalmat jelölünk. Jelöljük először is a birtok tényét, tekintet nélkül arra, hogy a jogi védelem fűződik-e hozzá vagy sem. Ily értelemben tehát a possessio elnevezés magában foglalja a possessio civilist (védett birtokot) is és possessio naturalist (detentiót) is. Szűkebb értelemben possessio alatt csak azt a birtoktényt tekintjük, melyhez birtokjog fűződik, tehát csak a possessio civilist. Még szűkebb értelemben birtok, possessio néven magát a birtokjogot (*ius possessionist*) nevezzük. Ezzel szemben detentio, birlalat maga a birtoklási tény, illetve szűkebben annak az az esete, a melyhez a birtoklási jog nem járul. De azért a detentio nem pusztán térbeli viszony, hanem szintén animust kifejtő corpus, sőt némi jogi védelemben is részesül, még pedig nemcsak a modern pandektajog szerint, a mely a summariissimumban és az actio spoliival neki ugyanazokat a jogi eszközöket bocsátja rendelkezésére, a melyeket a birtokosnak ad, hanem már a régi római jog szerint is. A védelem, melylyel a római jog a detentort is részesíti, kettős; önvédelmet és actiókat ad neki. Az önvédelemre Jhering Besitzwille-jében a következő példákat hozza fel: Ha valaki valamely közsétatéren a padra ül — ez res publica lévén, nem nyer rá birtokot — vagy ha a hajós hajóját a kikötőben kiköti, akkor mindkettő a maga helyét erőszak ellenében erőszakkal megvédheti. Ugyanaz áll a vasúti coupéban elfoglalt helyről, a kávéházban olvasott újságról. Az önvédelem tehát meg van a detentornak engedve, nincs azonban megengedve neki, hogy erőszakot alkalmazzon az ellen, a ki megelőzi őt a dolog elfoglalásában. Az önvédelmen kivül megilleti a detentort épúgy, mint a birtokost az actio iniuriarum. Feltétele ugyanaz, mint az önvédelemé, a dolog birtoklása akár birtok, akár birlalat alakjában. A ki azt a dolgot, a melyet birlalok, tőlem el akarja venni, megsérti vele a dologhoz való viszonyomban kifejtett akaratomat, azaz személyiségemet, és épen ennek védelmére szolgál az *actio iniuriarum*. E mellett az actio iniuriarum mellé járulnak bizonyos esetekben még más különös actiók is, pl. a bérlőnek és haszonbérlőnek az *interdictum quod vi aut clam*, a locus publicuson gyakorolt birlalaton védelmére az *interdictum de loco publico fruendo*, az ex primo decreto birtokba utalt, immissus védelmére az ő védelmére rendelt eszközök, az örökösnek a *hereditatis petitio* kiterjesztése az örökhagyó által birlalt dolgokra stb.

Nem áll tehát az sem, hogy a detentio teljesen védtelen volna, csak kisebb a védelem a birtokos védelménél. A birtokost ugyanis ezeken a védelmi eszközökön kivül a possessorikus interdictumok is megilletik. A detentio tehát jogi hatással, csakhogy kisebbel, mint a birtok, ellátott tény, ellátott viszonya a személynek a dologhoz. A személynek a dologhoz való viszonyából folyó jogviszonyok rang-

létrájában a legalacsonyabb fokot foglalja el. Legmagasabban áll a tulajdon, és a belőle ágazó iura in re, második fokon a bonae fidei possessio, harmadikon a birtok, az utolsón a detentio, a birlalat.

68. §. A birtok fajai.

A birtok legfőbb felosztása: *possessio és detentio.* Jogi birtok (possessio) a külön jogi védelemmel felruházott birtok, birlalat a védelem nélküli birtok, illetőleg az a birtok, melynek védelme voltaképen csak a személyiség védelme. A birtokot és detentiót a források possessio civilisnek és naturalisnak hivják, bár e kifejezések mást is jelentenek. Igy naturalis possessio a corporalis possessiót jelenti ellentétben az animo possiderehez, civilis possessio alatt pedig oly birtokviszonyt is értenek, melyet a jog a corporalis possessio hiánya daczára is elismer.

A további felosztások már csak a possessióra szükebb értelemben vonatkoznak. Felosztjuk a birtokot *iusta et iniusta possessióra (jogszerü és jogszerütlen birtok).* Jogszerü az a birtok, mely megengedett alapon nyugszik, jogos úton keletkezett, iniusta pedig jogos alap nélküli birtok. (A tolvaj is birtokos.) Ez az iniusta possessio azzal szemben, kitől jogtalanul elvettük a birtokot [vi (erőszakkal), clam (titkon) vagy precario (a bármely pillanatban visszaadandólag átvett birtokot a birtokos kérésére nem adjuk vissza)], *vitiosa possessiónak* nevezték a rómaiak. Ennek a vitiosus possessornak a helye mintegy a detentor és possessor között van. A vitiosa possessio teljes birtoki védelemben részesül minden harmadikkal szemben (in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat), de a iustus possessorral szemben csak detentionalis védelmet kap, azaz nem részesült védelemben, akár ő maga, akár ellenfele, a iustus possessor, inditotta meg a keresetet. A iustus possessor tőle ép úgy, mint a detentortól önhatalmúlag elvehette a dolgot (azonban fegyveres erőszakot [vis armatát] nem alkalmazhatott, hanem csak vis simplexet sive quotidianat. Ha vis armatát alkalmazott, ő is vitiosus possessorrá lett).

Igen fontos felosztása a birtoknak az, a mely *bonae fidei* és *malae fidei possessiot* különböztet meg. Jóhiszemü birtokos az, a ki joggal vagy menthetően azt hiszi, hogy ő a birtoklásra jogositva van, rosszhiszemü az, a ki tudja, vagy tudnia kellene, hogy birtoka a joggal nem egyezik meg. A jóhiszemü birtokos bizonyos esetben még a birtokosénál is erősebb védelemben részesül, szinte tulajdoni védelmet nyer, az actio Publicianaval. A jóhiszemü birtokosnak a joga tehát nagyobb fokú a birtokosénál, és azért külön fogjuk tárgyalni.

A birtoknak joghatásai között a legnevezetesebbek: a birtokjog (interdictumok) és az, hogy elbirtoklás czimén a birtokos tulajdonossá lesz (usucapio). A rendes eset az, hogy minden birtok mind-

két hatással jár, az ú. n. származtatott birtok azonban nem vezet elbirtokláshoz, és azért ellentétben az elbirtokláshoz vezető birtokokkal (*possessio ad usucapionem*), *possessio ad interdicta*-nak nevezzük. Ilyen birtoka van a precaristának, a zálogbirtokosnak, az emphyteutának, a sequesternek és némelyek (Dernburg, Vangerow) szerint a superficiariusnak.

69. §. A birtokjog alanya és tárgya.

Az elv az, hogy a hol akár subiective, akár obiective tulajdon nem lehetséges, ott birtok sem lehet.

Alanyai a birtoknak csak vagyonképes személyek lehetnek. Nem birtokképes tehát a rabszolga és a filius familias, ők csak detentorok, míg a possessor a pater familias. Már a justinianusi jogban a filius familias birtokosa a bonum castrense, quasi castrense és adventiciumnak, csak a peculium profecticium tekintetében maradt továbbá is birtokképtelen. Birtokképesek, bár animus dominijük nincs, a gyermekek, elmebetegek, testületek, alapítványok, szerezni persze a birtokot nekik a gyám, a gondnok, a szerző szerzi. A gyermekekre vonatkozólag különben két anomalis, singularis jogszabály áll a birtokszerzést illetőleg. Az egyik az, hogy tutoris auctoritate, azaz a jelenlevő gyám beleegyezésével maga a gyermek is szerezhet birtokot, másodszor pedig gyámjuk közreműködése nélkül is, tehát solo corpore (mert animusuk nekik nincs) is megszerzik a nekik ajándékozott dolog felett a birtokot. A tutor auctoritásával való birtokszerzésben az anomalia abban van, hogy a tutor auctoritását rendesen csakis elidegenitéseknél és elkötelezéseknél kivánták meg, a birtokszerzés pedig sem elidegenités, sem elkötelezés, és a tutor auctoritásáról csak az impubes infantia maiornál van különben szó.

A birtok *tárgya* csak oly dolog lehet, a mely a tulajdonnak is tárgya lehet. Tehát csak res corporalis birtokolható, res incorporalis nem. Csak dolgot birtokolhatunk, jogot nem. A később tárgyalandó ú. n. iuris quasi possessio, nem a jognak a birtoklása, nem a dologbirtoknak az ellentéte, hanem iuris possessio (röviden possessio) és iuris quasi possessio úgy áll egymással szemben, hogy a possessio a tulajdonjog realitása, a iuris quasi possessio pedig bármely egyéb jogé. Possessor az, a ki úgy használja a dolgot, a mint azt a tulajdonos van hivatva használni, iuris quasi possessio pedig annak gyakorlása, a mire a tulajdonon kivül más jog képesit, pl. a szolgalmi jog. A ki a telkemen állandóan átjár, az telkemet nem tulajdonosként használja, hanem úgy használja (esetleg jogtalanul), mint a hogy azt a szolgalmi jog, az átjárási szolgalom engedi. Ő tehát nem a szolgalmi jogot birtokolja, hanem a dolgot bizonyos vonatkozásban, holott a possessor a dolgot minden vonatkozásban birtokolja. A birtok és quasi iuris possessio között a különbség tehát

olyan, a milyen a különbség tulajdon és szolgalom között. És valamint a szolgalom élvezeti obiectuma csak dolog lehet, úgy a iuris quasi possessioé is csak a res corporalis.

A birtok tárgya csak oly res corporalis lehet, a mely in patrimonio és in commercio est. Nem lehet tehát tárgya a birtoknak, ép úgy, mint a tulajdonnak sem a szabad ember, sőt még filius familiasát sem birtokolja a pater familias (rabszolgáját igen, mert az dolog); nem birtokolhatók sem a res omnium communes, sem a res divini iuris, sem a res publicae in publico usu.

Abból, hogy csak a dolog birtokolható, folyik a következő három szabály:

1. *Az egyszerű dolog* (*res unita, simplex*) részei nem birtokolhatók, minthogy nem dolgok, tehát egyszerű dolgot vagy csak egészben lehet elbirtokolni (hosszas birtok által rá tulajdont szerezni), vagy sehogysem. Már az ingatlant bár egyszerű dolog, részenként is lehet birtokolni és elbirtokolni. A különbség oka az, hogy egyszerű ingó dolog csak szellemileg osztható részekre (pro partibus indivisis), míg az ingatlant testileg, tényleg is fel lehet osztani (pro partibus divisis), és minden része megint csak külön ingatlan dolog. A lovat testileg két részre, hogy két ló, bár fél akkora nagyságú legyen, osztani nem lehet, az ingatlant akárhány részre osztom, ingatlant, bár kisebb nagyságút, kapok. (Ez a különbség az ingók és ingatlanok közt, hogy az ingók csak pro partibus indivisis oszthatók, míg az ingatlanok csak pro partibus divisis nagy fontosságú a közös tulajdon szempontjából. Ha többen vannak valamely ingó, pl. a ló tulajdonosai, akkor nem úgy övék a ló, hogy az egyiké a feje, a másiké a dereka stb., hanem csak eszméileg kell a részeket felfogni. A kinek egy harmad lova van, azé voltaképen a ló minden atomjának a harmadrésze, vagyis a dolog csak pro parte pro indiviso osztható fel. Ellenben az ingatlan (a föld és minden a mi rajta van) valóságban osztatik fel, vonalakkal tényleg részekre osztható, tehát osztható pro parte pro diviso.)

2. *Összetett dolog* (több azelőtt önálló dologból úgy összetett dolog, hogy a részek önállóságukat elvesztették, *res composita*, *universitas rerum cohaerentium*) is csak egészben birtokolható, mert az egyes részei nem dolgok, hanem csak dologrészek: accessiók. (*Accessio* alatt értjük a dolognak a részét. Az tehát nem mellékdolog (Vécsey 174.), mert egyáltalában nem dolog, hanem csak dologrész. Megkülönböztetendő tőle a *pertinentia, a tartozék*, ez külön dolog, mely más dolognak, az ú. n. fődolognak szolgál; pl. a csónaknak a lapát, a hegedűnek a tokja, a szekrénynek a kulcs. Ez tehát az igazi mellékdolog. A dolognak ezt a cathegoriáját a jog csak czélszerűségi okokból állítja fel, és annyiban ad nekik jelentőséget, hogy hacsak a felek másként nem egyeznek meg, a fődolgon végbemenő jogi változások, kivéve persze a testieket, a tartozékra, mellékdologra is kihatnak.) A házbirtokos tehát a házat birtokolja, de nem birtokolja azonkivül

a lépcsőket, a kályhát, ablakot, mint külön ingókat. Sőt, ha valamely ingót birtokoltunk és az accessióvá lesz (magát ezt a tényt is, hogy az egyik dolog a másik accessiójává lesz, accessiónak hívjuk), accedal egy másik dologhoz, megszűnik rajta a birtokunk, mert megszűnt dolog lenni. A kérdés különösen az elbirtoklás szempontjából fontos. Mert ha külön birtokot ismernénk el a házra, különt a kályhára, ajtókra stb., akkor a házat a földdel együtt, mint ingatlant csak 10 év alatt birtokolnók el, holott a kályha, a lépcső stb. mint ingót már három év mulva a mienk lenne. A római jog nem ezt az álláspontot foglalja el. Szerinte a lépcső, a kályha stb. a háznak, helyesebben a teleknek alkatrésze, accessiója, tehát nem külön dolog, ennélfogva nem tárgya külön birtoknak és így nem is birtokolható el külön, hanem csak a ház, helyesebben a telek birtokoltatik el és vele alkatrészei is, természetesen az ingatlanoknak szánt idő alatt. Ez logice is helyes. Ezzel csak egy-egy forráshely ellenkezik, a l. 30. §. 1. De usurp. 41. 3., de csak látszólagos. Az eset ott az, hogy egy oszlopot, melynek elbirtoklásához csak 10 napi birtokra van még szükségem, beépítek egy házba, az tehát annak accessiójává lesz, mégis úgymond Labeo cum usucapturum, si aedificium possedisset, el fogom birtokolni az oszlopot, ha a házat birtokolom. E helyet sokféleképen magyarázzák, a mely magyarázatok közül mi azt fogadjuk el, melyet Dernburg is vall. E szerint ez a hely nem azt jelenti, hogy mi az oszlopot tovább is birtokoljuk, bár accessiójává lett egy res compositanak, nem azt jelenti, hogy külön birtokoljuk a házat és külön az oszlopot, hanem egyik esete ez azon elbirtoklásoknak, melyek birtok nélkül is folynak.

3. A dologösszesség (*universitas rerum distantium*), csak névleges összefoglalása lévén a dolgoknak (nyáj, könyvtár), nem pedig külön dolog, nem birtokolható, hanem birtokoltatnak az egyes dolgok, az egyes juhok, könyvek stb., mindegyikre külön áll be az elbirtoklás és így külön is itélendő meg.

Valamely dolog gazdaságilag egyszerre többeknek is szolgálhat. Ez csak olyképen történhetik, hogy a gazdasági élvezet és a dolog hozadéka több személyt részarányosan illet. Ez a *compossessio*, közös birtok. Közös birtok tehát csak pro partibus indivisis lehetséges, mindegyik eszmei részben birtokolja a dolgot. Már maga ez az alakulat kizárja a Savigny felfogását a birtokról (Pininszky id. m. 36. o.). Ha a birtok *tényleges*, *facticus*, *physikai* hatalom, mikép osztható fel akkor *idealis* részekre? Hogy lehet birtokolni, tehát *physikailag* hatalmunkban tartani *idealis* nem physikai részeket, hogy akarhatunk *physikai* hatalmat gyakorolni a dolognak csak *fogalmilag* létező részén? A Savigny theoriája és compossessio pro parte pro indiviso kizárja egymást. A compossessiót csak úgy értjük meg, ha a birtokot nem physikai hatalomnak, hanem a személy és dolog közti gazdasági kapcsolatnak

fogjuk fel. A compossessio természetesen feltételezi, hogy a részek, a melyek erejéig az egyesek a dolgot birják, határozottak és hogy a közös birtokosok ismeretesek legyenek. Ez formailag, logikailag áll, de már a római jogászok is elismerték, hogy ez mera suptilitas, és a modern jogok túl is teszik magukat rajta. A római jog azonban levonta ennek consequentiáit; szerinte, ha az összes személyek részei ismeretlenek, akkor a dolog birtoktalan, nincs birtokban.

A dolog csak pro partibus indivisis lehet többeknek birtoka. Olykép azonban, hogy többen birják a dolgot úgy, hogy mindegyikük az egészet birtokolja, lehetetlen. *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt,* mert úgymond Paulus (l. 3. §. 5. h. t. [t. i. de acquirenda vel amittenda possessione] 41. 2.) épúgy nem birtokolhatjuk mindketten a dolgot, mint a hogy nem állhatsz egy időben ott, a hol én állok, nem ülhetsz ott, a hol én. A római jognak mégis vannak oly alakulatai, a melyek látszólag az ily értelmű közös birtok elismerésére mutatnak. Ha valaki birtokát önhatalom folytán elvesztette, akkor ő iustus possessor marad, míg a másik iniusta possessiót nyer. Ezt azonban csak úgy kell érteni, hogy a iustus possessornak voltakép nincs birtoka (birtok mint tény), de van birtokvédelme (az interdictum uti possidetis recuperatorius hatásának ez a magyarázata). Hasonló eset a derivált birtok esetén származó kettős birtok. Ha zálogba adom a dolgomat, ő is birtokos, én is. Ő birtokos ad interdicta (Savigny szerint possessor derivativus) és pedig possessor ad usucapionem (p. directus) vagyok. Itt tehát két birtok van. De ez is csak látszat. Birtokos csak a zálogbirtokos, én nem. Hogy pedig mégis elbirtoklom a dolgot, az nem azt jelenti, hogy a dolgot birtoklom, én is, hanem megint csak egyik esete annak, hogy elbirtoklás jön létre birtok nélkül, birtokhatás van birtok nélkül, birtokjog birtok nélkül.

70. §. A birtokjog keletkezése.

Azok, kik a birtokot csak ténynek tekintik, arra az eredményre jutnak, hogy a birtokszerzés mindig birtokkeletkezés, azaz szerzése mindig originär acquisitio, mert succedálni csak jogba lehet, ténybe nem. Szerintük a birtok szerzése csak a birtokbavevő személyében fenforgó bizonyos ténymomentumoktól függ. Ezek a momentumok (corpus és animus) ugyanazok az összes birtokszerzéseknél, és e tekintetben nincs különbség occupatio és traditio közt. Mindkét esetben egyoldalú apprehensio (birtokbavétel) forog fenn, az egyik esetben az eddigi birtokos beleegyezésével, a másikban a nélkül. Igaz ugyan, úgy mondanak, hogy némely esetekben bizonyos eljárás a traditio corpusához elegendő, míg az occupatioénál nem, de ez csak véletlen, a corpus itt is ugyanaz, csak a behatás tényleges lehetősége van megkönnyítve, mert az eddigi birtokos akarata hatalmunknak útját nem állja.

Brinz volt az első, a ki a Savigny nyomán uralkodó e tant megtámadta. Szerinte a római jog igenis ismert successiót a birtok terén, de csak akkor, ha a dolog átadása csupán birtok czéljából történik és nincs összekötve valamely dologi jog átadásával. Brinznek ez a megszorítása azonban alaptalan. Tekintettel arra a fontos kérdésre, hogy az új birtokos traditio útján lett-e azzá, hogy tehát hasonlóan a jogok successiójához az előd birtokát folytatja-e, vagy önhatalmúan szerzi-e a birtokot és tekintettel arra a különbségre, a mely az occupatióhoz megkivántató corpus és a traditiónál elégséges corpus közt fenforog, különösen Strohal (Succession in den Besitz) állította fel azt a tételt, hogy a successio a possessiónál nemcsak lehető, hanem a római jogban positive meg is van. A kérdés, a mint Piniński (kit itt kivonatolunk) helyesen rámutat, az, vajjon a traditio possessionis esetén a birtokjog, melyet az új birtokos szerez, függ-e az átadó birtokjogától úgy tartalma, mint létele tekintetében. És itt mindjárt el kell ismerni, hogy az átvevő birtokjoga nem függ annyira elődje jogától, mint az az eset a rendes jogi utódlásoknál. De azért nem közömbös, vajjon egyoldalú volt-e a birtokbavétel, vagy hatályos átadáson alapul-e. Először: a puszta birtoknak keletkezése is gyakran feltételezi a dolognak tényleges átadását. Másodszor: a birtokbavevő (az apprehendáló) a jogi birtok szerzését attól teheti függővé, hogy az előbbi birtokos ebbe a szerzésbe tényleg beleegyezett-e? A szerzés feltétele tehát valóságos successio in possessionem lehet. Harmadszor az a körülmény, hogy a birtokot derivativ szerzésszerű módon nyertük, fontos lehet a birtok egyéb hatásainak tekintetében, így a causa possessionis tekintetében az usucapio szempontjából, az actio Publiciana. az accessio possessionis tekintetében.

A szakasz elején vázolt uralkodó tan minden tekintetben helytelen. Az apprehensio megkönnyítése nem véletlenül fordul elő a traditio eseteiben. A források tanúsága szerint ezek a megkönnyítések (személyes custodia állítása, kulcsátadás, birtokbavételi kijelentés a dolog jelenlétében stb.) csak a birtokátadásnál fordulnak elő, tehát csak itt lehetségesek, továbbá a megkönnyített traditionalis corpus csak oly lehetőséget ad a dologra való behatásra, mint az erősebb occupationalis corpus, tehát nem a behatás tényleges lehetősége van megkönnyítve, hanem maga a corpus. Azután az sem áll, hogy a birtokátvételnél csak az átadónak tényleges akarata, hogy t. i. nem akarja zavarni a birtokbavevőt. könnyíti meg a birtokbavételt, hanem áll az, hogy a jog erősebb biztosítékokkal ruházza fel azt, a ki a traditionalis nyilatkozat alapján jogosult birtokbavevőnek mutatkozik, mint az önhatalmú occupanst. És különben is függővé tenni az eddigi birtokosnak belső akaratától, hogy valamely eljárásunk birtokszerzéssel jár-e vagy sem, ugyanazok alá a kifogások alá esik, a melyekkel a possessio és detentio megkülönböztetésének a birtokos belső aka-

ratától való függővé tételét illettük. Az eddigi birtokosnak az a szándéka tehát, hogy a birtokbavevőnek útját nem fogja állani, nem elegendő, szükséges az ő akaratnyilvánítása, hogy a dolog birtokot át akarja adni és ez az akaratnyilvánítás, hogy jogi hatása legyen, elfogadásra szorul. Más szóval a megkönnyített corpus esetén a birtok átadása és átvétele ügyében szerződésnek kell létrejönnie, traditiónak. Ha ily szerződés nem jött létre, akkor a megkönnyített corpus nem elegendő a birtokszerzéshez, szükséges a közönséges occupationalis corpus. Egyes forráshelyek ezenkivül azt is bizonyítják, hogy a traditionalis birtokszerzés esetén a birtok szerzése oly jogi feltételektől van függővé téve, a melyek a successio in iusnak is előfeltételei. Ilyen feltételek:

1. *Az átadónak magának is birtokosnak vagy a birtokostól felhatalmazottnak kell lennie,* l. 33 Dig. h. t. (41. 2) szerint a vevő csak az esetben nyeri meg a vett telek birtokát, ha az eladó megbatalmazottja őt a telekre vezeti (neki átadja). Iustinianus (c. 12. l. 7. 32) egyenesen elrendeli, hogy az átadásra nem jogosult detentor traditiója birtokváltozást nem eredményez mindaddig, a míg az átvevő oldalán egy az occupatióhoz megkivántató corpus nem létesül.

2. *A traditiót akarat- és rendelkezésképes személynek kell véghezvinnie.* Argumentum l. 11 Dig. 41. 1.

3. *A felek valóságos consensusának kell fenforognia* (l. 34. pr. Dig. 41. 2).

Mindezek alapján a traditio esetében a birtokjog-szerzéshez a derivatio-szerzés összes előfeltételeinek meg kell lennie, ha a birtokszerző oldalán az occupatióhoz nem elegendő corpus van csak meg. Igy ingatlanoknál az ire in fundum, vagy a consensus in re praesenti, ingóknál az oly átadások, a hol az actusnak corpus-oldala kevésbbé látható, tehát kulcsátadás, a dolog megjelölése stb. csak akkor szülnek birtokot, ha érvényes traditionalis szerződés előzi meg. Továbbá úgy ingatlanoknál, mint ingóknál traditionalis szerződésnek kell fenforognia, ha a birtokban való változás a detentio változása nélkül jön létre, így a constitum possessoriumnál és brevi manu traditiónál. Mindez esetekben a birtokot valóban traditio által szerezzük, és úgyanígy állanak rá a traditióra vonatkozó szabályok, mint a hogy állanak a successio in ius-nál. Vagyis ez esetekben tényleg successio in possessionem-et kell elismernünk. De ezt csak egy megszorítással, t. i. azzal, hogy ha a derivativ birtokos a dologhoz oly helyzetbe kerül, hogy corpusa az occupationalis birtokszerzéshez elegendő, akkor birtoka már nem fog függni a traditiótól, hanem fennáll tekintet nélkül az alapul fekvő szerződésre. Ha a pinczebort vevő az eladótól a pincze kulcsát kapta, akkor ő csak oly esetben birtokos, ha a kulcsot átadó is az volt, tehát valóságos successio; de ha ő a pinczébe már le is ment, a borokat pl. már a maga pinczéjébe hordatta, akkor már birtokos lesz, tekintet nélkül arra, hogy a kulcs átadója birtokos volt-e vagy sem. A successio

tehát csak ideig-óráig tart. Nem szabad továbbá a birtoknak succedálható voltát akkép felfogni, hogy a puszta birtokjog át volna ruházható a birtok ténye, a corpus nélkül, ellenkezőleg a birtok traditiójánál ép úgy, mint occupatiójánál a birtokszerzés előfeltételei elvileg ugyanazok: corpus és animus, csupán az áll, hogy a traditio esetében a corpus meg van könnyítve, nem kell kézzelfoghatónak lennie.

A birtokjog keletkezik, ha a birtok ténye létesül, ha t. i. az animust kifejező corpus létesül. Ezt a birtokbavételt általában *apprehensiónak* nevezzük. Ennek, mint láttuk, nem kell physikai behatásnak lennie, arra szabályokat felállítani nem lehet, hogy mikor van corpus jelen, azaz mikor mondható a dolog apprehendáltnak, ebben a forgalmi élet felfogása a döntő (l. §.).

Fontos ingóknak nevünkkel vagy jegyünkkel való megjelölése, mert láthatólag és tartósan kinyilvánítja birtoklási akaratunkat. Ha azonban a dolgok használhatásának útjába physikai akadályok gördülnek, pl. a megjelölt hordók idegen, nekünk hozzáférhetetlen pinczében vannak elzárva, akkor a megjelölés nem a birtoklásnak a jele, hanem csak arra jó, hogy követelésünk tárgyát egyedítse. Az egyoldalú birtokszerzésnek, az occupationalis, tehát originaer szerzésnek láthatónak kell lennie. A vad állatoknak sem üldözése, sőt még megsebesítése sem elegendő ahhoz, hogy birtokunkba vetteknek tekinthessük, hanem el kell fognunk, le kell terítenünk őket.

A személynek puszta térbeli közelsége még nem birtok, kell hozzá az animus. A birtokszerzés, az apprehensio tehát jogügylet. Ex lege, illetve ipso iure birtokszerzést a római jog nem ismer. Ilyen még az öröklésnél sincs, bár Cosack úgy véli, hogy az örökség elfogadása által ép úgy, a mint tulajdonosa, akként birtokosa is leszek az összes örökségi tárgyaknak. Ő tehát ott successio per universitatemet vesz fel. Ez helytelen. Az öröklésnél csak könnyített apprehensio van. Nem az örökséget mint egészet apprehendáljuk, hanem a tárgyakat, de még sem külön-külön, hisz az körülbelül lehetetlen is volna, hanem olyan helyzetbe kell a dolgokkal szemben helyezkednünk, hogy azok vagyonunkba vontaknak legyenek tekintendők. Ilyen könnyített apprehensio van a peculium adásánál az emanicpatio vagy a manumissio esetén is. Pininsky szerint csak az arrogatio általi szerzésnél van ipso iure birtokszerzés, tehát universalis szerzés.

A puszta akaratnyilvánítás a birtokszerzéséhez római jog szerint nem elegendő, szükség van az akarat realis megvalósulására a corpusra is: adipiscimur possessionem corpord et animo, neque per se animo, neque per se corpore. Nem birtokoljuk tehát a telkünkre esett, ott letett, nálunk felejtett dolgokat, az eddigi birtokos, a ki értük jön, elvitelükkel nem sérti birtokunkat. Sőt a római jog az idegen dolgok egyoldalú birtokba vételénél még azt is megkivánja, hogy azt az eddigi birtokost birtokából kimozdítsuk. Ha tehát a birtokos távollétében telkét occupálom, akkor a birtokot

csak akkor nyerem meg, ha az eddigi birtokos tettem tudomásul vétele után engem ki akar szorítani a birtokból és ez neki nem sikerül, vagy ha nem is próbálja meg. Itt említendő az ú. n. animo solo birtokszerzés. Ha t. i. valaki egy dolognak már birlalója, vagyis a corpus már megvan (pl. a depositariusnál), kérdés, mi által lehet ő birtokossá. Savigny a maga theoriájának megfelelően ezt puszta animussal való szerzésnek nevezi, mi azonban a detentióban is elismervén az animust, ezt az elnevezést nem fogadhatjuk el. A mi a kérdés lényegét illeti, a detentor csak olykép lehet birtokossá, ha ellentétbe helyezkedik a birtokossal pl. a dolgot ki nem adja, tehát az eddigi causa detentionist megszünteti és helyébe új causa, causa possessionis lép. A belső akaratváltozás nem elegendő (nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest). A detentiónak átváltozását birtokká az eddigi birtokos beleegyezésével (ú. n. brevi manu traditio) a birtokjog változásánál fogjuk tárgyalni.

71. §. A birtokjog változása.

A birtokjog ugyanoly módokon változik, mint a tulajdon. Megváltozhatik tehát a tárgy és az alany szempontjából. Tárgy szempontjából: accessio tehát alluvio, avulsio stb. (l. a tulajdonjognál) által. Alany szempontjából a birtokjog változását épúgy mint a tulajdonnál traditiónak vagy a források megtoldásával vacuae possessionis traditionak hivjuk. (A vacua possessio elnevezés annyit jelent, hogy a birtok tényét más meg nem zavarja, tehát vacua idegen behatástól. És a traditio a maga megkönnyitett corpusával valóban csak ilyen állapotban levő birtokjogra vonatkozhatik.) A traditióhoz mint az előbbi szakaszban láttuk, két egybehangzó akaratnyilűánítás szükséges: az eddigi birtokosnak birtokátadási, az újnak birtokátvételi akaratnyilvánítása. A traditio tehát szerződés. A birtokbavételi akaratnyilvánítás, az apprehensio ez esetben meg van könnyítve. Nem szabad ezt a traditiót kézről kézre adásként felfognunk, az két egymással egybehangzó akaratnak a kellő nyilvánítása. A traditiónak az a felfogása, hogy az kézről kézre adás, szülte azután azt a felfogást, hogy az, a hol ilyen szószoros értelmében vett átadás fenn nem forog, nem *traditio vera*, hanem *traditio non vera, ficta*, a melynek elismerése a jognak csak singularis szabályán nyugszik. Nem vették ugyanis észre, hogy az ilyen átadás esetén is az a gazdasági viszony jött létre, a mely a rendes forgalmi élet felfogása szerint a dolog használhatására, tehát birtokra mutat. Ezt a régibb irók félreismerték, és hogy a jognak ezt a singularitását megmagyarázzák, az ilyen non vera átadásban nem látták a valóságos birtokátruházást, hanem csak jelképes, *symbolicus átadást*. Ebből azután arra az eredményre jutottak, hogy birtokátmenetelről mindenkor szó van, ha a felek akaratára kétségtelen jelekből következtetni lehet, elegendő tehát bármi symbolicus átadás (a dolog

jelzése, kulcs vagy okiratátadás), a birtokbavétel nem is szükséges. Ez a felfogás helytelen, a mit először Savigny mutatott ki. A birtok non tantum iuris, sed et facti est, és máskép birtokátmenetelről nem lehet szó, csak ha a személy és dolog közti gazdasági viszony, a birtok is létrejön. A tisztán symbolica traditio egy pusztán res iuris, az átvevő nem nyer corpust, tehát birtokot sem, hanem csak birtokjogot, míg a detentio az eddigi birtokosnál marad, a jelképileg átadott zálog tehát római jogi szempontból nem zálog. A ficta traditióhoz hasonló a *constitutum possessorium*, a mely a ficta traditiótól csak abban különbözik, hogy itt a felek maguk akarják, hogy az eddigi birtokos birlaló maradjon. Ez voltaképen az egyedüli eset, a melynél tényleg nincs valóságos átadás, mert pusztán a jelkép átadása, mint láttuk, nem birtokátruházás. A symbolica traditio csak fictio, és elismerése voltakép annyit jelent, hogy a birtok már a szerződés alapján átszáll a tényleges testi átruházás (traditio) nélkül. Ezt azonban a római jog nem vallja és de lege ferenda is veszedelmes. Ettől a pusztán symbolicus átadástól azonban meg kell különböztetnünk azt az átadást, a melynél csak látszólag nem történik a corpus átadása, valójában pedig az átvevő tényleg apprehendál, csakhogy a corpusnak nem kell oly kézzel foghatónak lennie. Különösen áll ez ingatlanok átadásánál. Ez magán az ingatlanon történhetik vagy a közelből, pl. egy szomszédos toronyból való rámutatással (ú. n. *longa manu traditio*). Igen gyakori volt azonban Rómában, hogy az elidegenítő a telektől távol a vételi vagy ajándékozási okiratban jelentette ki, hogy a telket a másiknak átengedi és átadja, a ki azután egyoldalúlag vette birtokba a telket. A rendes formula in rem ire ingredi possidere permisimus. Maga ez az egyoldalú birtokbavétel azután megint különböző volt. Zárt telkeknél pl. házaknál, gazdasági épületeknél az átvevő vagy képviselője bevonult, beköltözött a házba, már nyitott telkeknél, szántóföldeknél, rétnél elég volt az átadási nyilatkozatnak elfogadása, vagy a helyi, illetve az adóhatóságoknál való bejelentés (Dernburg). Szintén nem jelképes, hanem valóságos átadás oly helyiség kulcsának átadása, a hol eladott ingók vannak elraktározva. Papinianus (l. 74 D. 18. 1.) ugyan megkivánja, hogy a kulcsok apud horrea traditae sint, de egyéb forráshelyek (l. 1. §. 21. D. 41. 2.) tanúsítják, hogy a kulcsokat nem kell ép a raktár közelében átadni. A fönt említett longa manu traditio (a mely valóságos és nem ficta traditio) nemcsak ingatlanoknál, hanem ingóknál is előfordulhat: 1000 téglát nem lehet kézről kézre átadni, itt nem is lehet más birtokszerzésről szó, mint in conspectu rei. Azzal, hogy mi a traditiót szerződésnek fogjuk fel, teljesen összhangban van az, hogy a birtokot feltétel vagy időhatározmány alatt is lehet átruházni. A gyermekek, bár az őrültekhez hasonlóan személyes birtokszerzésre képtelenek, traditio útján mégis szerezhetnek birtokot, holott egyoldalúan nem.

Az átadásnak két specialis faja és egymásnak épen az ellentéte: a constitutum possessorium és a brevi manu traditio.

A constitutum possessorium tényállása az, hogy a birtokos a maga birtokát másra ruházza át, de a birlalatot közös megegyezés alapján visszatartja. (Constitutum a római jogban szintén a szerződésnek, a közös megegyezésnek a neve, constitutum possessorium tehát a birtokra vonatkozó megegyezés.) Már Donellus, újabban Jhering rámutattak arra, hogy ehhez a constitutum possessioriumhoz két megelőző szerződés szükséges: az egyik tulajdon (és így birtok-) átruházást is czélzó szerződés: vétel, ajándék stb. A. (az eddigi birtokos) és B. közt, a másik pedig a dolog használatának B.-ről A.-ra való átengedését szándékolja: bérlet, haszonbérlet, haszonélvezet (az ú. n. deducto usufructu tulajdonátruházás). Voltaképen annak kell itt végbemenni, hogy A. a vétel vagy az ajándéknak megfelelően a dolgot B.-nek átadja, ez viszont A.-nak visszaadja, de úgy, hogy a birtokos ő maradjon. Hogy az esztelen dupla átadást, a mely pl. házaknál mindkét fél be- és kiköltözésével, távollevő ingóknak idehozásával és ismét visszaküldésével járna, elkerüljék, a rómaiak azt a szabályt állították fel, hogy a birtokviszony minden külső actus nélkül nyeri kellő alakját: B. birtokossá, A. pedig a B. nevében birlalóvá lesz. Celsus (l. 18. pr. Dig. 41. 2.) ezt akkép próbálja megconstruálni és technikailag igazolni, hogy A. mint a B. képviselője, birtokba veszi az eddig általa birtokolt dolgot, és így mint képviselő lesz a B. detentorává. Ez helytelen. Az eljárás megkönnyítésének igazi oka nem az, hogy A. a B. képviselője, hanem pusztán a practicus szempont. Ezzel szemben egy másik nézet nem kivánja meg a fenti kettős szerződéses alapot, hanem ahhoz, hogy a birtok A.-ról B.-re átszálljon, Celsus alapján elegendőnek tartja az animus alieno nomine detinendit, mondván, hogy az eladó, az ajándékozó miért ne lehetne a birtokbavevő képviselője önmagával szemben, ha másokkal szemben az lehet? De, ha ez igaz volna, akkor miért nem ismeri el a római jog a donatio omnium bonorum, egy vagyontömeg ajándékozása esetén a constitutum possessoriumot, holott a societas omnium bonorum (az egész vagyonra kiterjedő társasági szerződésnél) elismeri. Nem ismeri el, mert nem fekszik alapul a practicus czél, a két átadás megkönnyítése. Az önmagával szemben való képviselet bár logikus elméletének elfogadása ellenmondásban volna a római jog egy fontos elvével, hogy t. i. dominia (s így possessiones is) rerum traditionibus non nudis pactio transferuntur. Ez alapon Jhering (Besitzwille) arra az eredményre jut, hogy a constitutum possessorium csakis a kettős szerződés alapján engedhető meg, a melyek közül is a második szerződésnek az eddigi birtokos érdekében kell megkötöttnek lennie. És tényleg a római jog a constitutum possessoriumra csak három esetet sorol fel, t. i. az eladó a dolgot bérletben, haszonbérletben vagy haszonélvezetben tartja

vissza. A vevő érdekében való visszamaradását a dolognak az eladónál, tehát az eddigi birtokosnál csak egy esetben volna szabad megengedni, (így Jhering), t. i. értékpapirok vételénél a bankárnál megbeszélt depositumban hagyással.

A constitutum possessorium a magánjognak igen veszedelmes intézménye. Rendkivül practikus előnyökkel jár, de igen alkalmas visszaélésekre. Akárhányszor megtörténik, hogy az igen eladósodott kereskedő pl. összes ingóját, ingatlanát átruházza X.-re, és dolgait most már X. nevében birlalja, egy szóval constitutum possessorium segélyével megvonja a hitelezők elől a kielégitési alapot. Ezért újabban a constitutum possessoriumnak ellenfelei támadtak, a kik előnyösebbnek tartanák a tényleges átadás szükségének kimondását. Ezzel azonban nem nyernek semmit. Ha A. át is adja B.-nek a maga dolgait, még pedig tanuk előtt, B. ismét visszaadhatja őket A.-nak detentióba és a hitelezők megint csak ki volnának játszva.

A constitutum possessoriumnak épen ellentéte a *brevi manu traditio*. Mig ott a possessorból detentor lesz, addig ez utóbbinál a detentor lesz possessorrá. Ez is az ú. n. animo solo való birtokszerzéshez tartozik, értve az animo solo alatt nem az animus megszerzését a már meglevő corpushoz, hiszen mi a detentiónál is felvettük a teljes corpust és animust, hanem birtokbavételt új corpus nélkül. A helyett, hogy pl. az eddigi letéteményes, haszonkölcsönbe vevő, bérlő stb., tehát a birlaló a dolgot a birtokosnak visszaadja és ez ismét neki birtokba visszaadja, a birlaló a dolgot megtartja, még pedig traditionális szerződés alapján, most már mint birtokos. A tényleges átadás csak azért esik el, mert már előbb, a birtokátruházó szerződést, a traditiót megelőzőleg ment végbe. A birtok ez esetben azonban csak akkor fog átszállni, ha a brevi manu traditiót végbevivő maga is birtokos volt és ha a traditionalis szerződés érvényesen jött létre, szóval valóságos successio.

A brevi manu traditióval rokon a feltételes traditio alapján való birtokbavétel. A suspensiv feltétel beálltával az eddigi birlaló birtokossá lesz a nélkül, hogy új corpusszerzésre apprehensióra lett volna szüksége, tehát szintén helytelenül ú. n. solo animo acquisitio possessionis.

72. §. A birtokjog megszünése.

A birtokjog rendesen elvész, a birtok tényének megszünésével (a kivételeket a birtok védelménél fogjuk tárgyalni). A birtok ténye persze a corpus vagy animus elvesztével szünik meg, mert ha csak az egyik is vész el, akkor a másik is elveszett, mert corpus nélkül nincs animus, animus corpus nélkül. Corpore mondjuk a birtokot elveszettnek, ha a gazdasági használhatási helyzet állandóan megszünik. Időleges megszakadása a rendes térbeli közelségnek nem szünteti meg a birtokot, a könyvnek a kertben feledése, a gyürünek a kútba esése, az elfogott vadállat kiszabadulása, a dolognak

elveszése nem szünteti meg a birtokot, ha a dolog (a könyv, a vadállat, a gyürű stb.) visszaszerzése még remélhető. Ha ellenben a dolog és személy közti használhatási viszony végleg megszakad, akkor a birtok is elveszett. Hogy ez mikor forog fenn, arra nem állithatók fel szabályok, hanem ismét az élet felfogása a mérvadó. Ha szelid állat eltéved, a birtok nem szünik meg, de ha végleg elmarad vagy elvadul, megszünik. Ha valaki a könyvemet olvasás czéljából tudtom nélkül elviszi, de azzal a szándékkal, hogy elolvasás után visszahozza, akkor birtokom megmarad, ha a dolgomat ellopják, megszünik. A római jog szerint, ha telkemet nem mívelem, elhanyagolom, elvesztem a birtokát, a nélkül, hogy egy harmadik azt tőlem megvonta volna. A mit a birtoknak animo való megszünésének neveznek a pandektisták, az voltaképen a birtoknak szándékos elvesztése, tehát jogügylet útján való elvesztése. Nem az animus vész itt el a corpus hátramaradásával, hanem elvész a corpus is, de nem ex lege, mint a fenti esetekben, hanem ex negotio, a mely lehet vagy egyoldalú, ú. n. derelictio, vagy kétoldalú, tehát elidegenítő hatású: traditio. Az utóbbi persze nem jogszüntető, hanem jogváltoztató tény, tehát ott tárgyalandó. A traditiót különben amino et corpore való birtokelvesztésnek szokták nevezni. Ha az animus különálló elem volna és tehát elvesztése még a corpus visszamaradása esetén is megszüntetné a birtokot, elvesztené a birtokot az is, a ki elfelejtette, hogy a dolog birtokában van, vagy elvesztené a birtokot az őrült, hisz animusa birtoklási akarata már nincs meg. De ezek nem vesztik el a birtokot, mert a corpus még megvan, vagy legalább is contrarius actussal még nem szünt meg és ők jogügylettel vagyis arra irányuló akaratnyilvánitással sem mondtak le róla (az őrült persze ezt nem is teheti).

Megszünik a birtokjog a birtokos halálával. Az örökös új apprehensióra szorul. Erről már szólottunk. Mindazonáltal az elhunyt elbirtoklása tovább folyik (l. az elbirtoklásnál). A dolognak forgalmon kivülivé való válása (pl. temetőhelylyé, locus religiosussá lesz) is megszünteti a birtokjogot.

Mint fentebb láttuk, a római jog különös szabályt állit fel az ingatlanok birtokának megszünésére vonatkozólag. Ha a telek birtokosa a telket egy időre elhagyja képviselő hátrahagyása nélkül (a források helytelenül solo animo possidereről szólnak ilyenkor), és valaki az ő távollétében vagy az ő tudta nélkül (clam) a telket occupálja, az eddigi birtokos marad továbbá is birtokos, ha az occupanst a telekről el tudja űzni (neki mint birtokosnak önvédelmi joga van). Ha, bár az occupatióról tudomást szerzett, még sem kisérli az elűzést, vagy kisérlete nem sikerül, elveszti birtokát. Az uralkodó tan szerint ez a szabály csak a császári időben állíttatott fel, holott azelőtt a távollevő birtokos birtokát rögtön elveszítette és csak újból követelhette az interdictum de clandestina possessione-vel. Baron ez interdictum létezését tagadja és e szabályt már a köztár-

saság idejében fennállottnak mondja. Justinianus különben megadta a távollevő birtokosnak az *interdictum unde vit* az occupatióról nyert tudomás vétele után rögtön megindíthatólag.

Külön tárgyalandó az oly birtokjognak a megszűnése, a melynél a detentio másnál van. A kérdés tehát az, hogy mikor veszti el a birtokos a maga birtokjogát az esetben, ha a dolog pl. a bérlőnél van. Ily esetekben a birtokos elveszti a birtokjogot, ha birtokvesztő jogügyletet visz véghez, ha meghal, ha a dolog elpusztul. Ha a detentor elveszti a detentiót, a birtokos csak akkor veszti el a birtokjogot, ha megszűnik a dolog használhatásának helyzete, de megmarad birtokjoga, ha detentora pl. bérlője meghal vagy megőrül. Elveszti továbbá a birtokjogot, ha a detentor egy contrarius actussal magát birtokossá teszi. Ha a birlaló távollétében a telket valaki occupálja, a birtokos csak akkor veszti el birtokjogát, ha a birlaló nem próbálta vagy nem tudta az occupálót elmozdítani. Ha azonban a birlaló az occupanssal összejátszott, akkor az occupans csak akkor nyer birtokjogot, illetve a possessor csak akkor veszti el a magáét, ha értesülve az esetről, elmulasztja vagy nem tudja az occupanst a telekről eltávolítani.

73. §. Képviselet a birtokügyleteknél.

A képviselet története a birtokügyleteknél ugyanaz, mint a jog más terén. A legrégibb a szükségszerű képviselet (a mi nem képviselet), a pater familias megszerezte a filius familias vagy a rabszolga szerezte birtokjogot. A felszabadításokkal kapcsolatban kifejlődött a szabad emberek útján való képviselet is, de csak a császárság idejében, még pedig először csak titkos képviselet formájában (l. 80. o.), és csak legkésőbb mint valódi képviselet. Mint láttuk, még a justinianusi jogban is elvileg csak a birtokjogszerzés és -vesztésnél és a vele kapcsolatos egyéb ügyleteknél volt megengedve a képviselet. Ez t. i. abban áll, hogy a képviselő a birtokot rögtön a képviseltnek szerzi meg, sőt ezt gyakran még akkor is, ha pl. az átadóval szemben nem is gerálja magát képviselőnek. Az üzleti segéd ily módon szerzi urának a birtokot. Természetesen lényeges feltétel a képviselési akarat, hogy t. i. urát képviselni akarja, a képviseltnek akarja a birtokot szerezni. Ez az akarat a segédnél fenforgónak vétetik, míg az ellenkezőt ki nem jelenti. Kell továbbá képviseltetési akarat, hogy t. i. a képviselt akarja azt, hogy a képviselő ügyletéből ő szerezze a birtokot. Ennek az akaratnak nyilvánítása megelőzheti az ügyletet, mint felhatalmazás, követheti mint jóváhagyás. Elegendő generalis akarat is. Ha pl. a képviselőt a vagyon vagy az üzlet kezelésével bizom meg, ezzel felhatalmazom bármely a kezeléssel kapcsolatos birtokszerzésre. Az így felhatalmazott képviselő megszerzi a képviseltnek a birtokot még akkor is, ha ez utóbbi a birtokszerzési actus megtörténtéről

nem is tud (possessio per procuratorem etiam ignoranti acquisitur). A birtoklásban való képviselet olyatén felfogása, hogy a detentor képviselő, helytelen. Annyi igaz, hogy a képviselő a szerzett dolognak tényleg csak detentora (a titkos képviselő possessor), de nem minden detentor képviselő. Ez az animus alieno nomine detinendi helytelen tanával függ össze. Helytelen továbbá beszélni arról, hogy az animusban nincs megengedve a képviselet, corpusban igen. A képviselet nem az az animusban vagy corpusban van, hanem a birtokszerzési jogügyletben. Corpus és animusnak a képviselő személyében kell megvalósulnia, és csak a hatás az, a mely a képviselt személyében beáll.

Képviselet útján nemcsak szerezhetnek birtokjogot, hanem alanyilag változtathatjuk is és meg is szüntethetjük.

74. §. A birtokjog védelme.

A birtoknak fontossága a jog különböző részeiben mutatkozik. Alapja, feltétele számos jognak, másoknál meg a jogosultság tartalma. Ez az utóbbi szerepe a ius possidendi. A tulajdonosnak, publicianus tulajdonosnak, az emphyteutának, superficiariusnak, kézi záloghitelezőnek joga van birtokolni. Ettől a birtoklási jogosultságtól, az *ius possidentitől* meg kell különböztetnünk a birtokjogot, a *ius possessionist*. A birtokos, mint olyan részesül jogi védelemben, alanyi joga van. Megvédetik minden birtokába való behatástól, akár birtokát zavaró, akár birtokától őt megfosztó ez a behatás. Megvédetik pedig mindaddig, míg valaki vele szemben a maga ius possidentijét be nem bizonyítja. *A birtokvédelem, a ius possessionis tehát a birtokos igénye a birtokállapot megtartására, a míg valaki nem akad, a ki ius possidendije bizonyításával ki nem szorítja.* A birtok védelmének különös formája a római jogban egy a praetor által az egyik fél kérelmére a másikhoz kibocsátott parancs, *interdictum*, volt, a mely a másik felet csak akkor kötelezte, ha a hozzáfűzött előfeltételek (hogy t. i. felperes birtokos) tényleg fenforogtak. Hogy fenforognak-e vagy sem, a praetor a parancs kibocsátásánál nem kutatta, hanem későbbi a biró által folytatott vizsgálatnak a dolga volt, a melyre azonban csak akkor került a sor, ha a parancs nem teljesíttetett. A parancs tehát nem volt feltétlen, hanem az előfeltételek fenforgásától feltételezett. Párdarabja ennek mai eljárásunkban a feltételes fizetési meghagyás. Ezzel a formával a praetor más esetekben is élt, de főleg a birtoknál. Ezek az ú. n. *interdicta possessionis*. Hogy alperes a parancsnak rögtön a további birói eljárás meginditása nélkül eleget tegyen, az esetleges további eljárásban való legyőzetése esetére érzékeny büntetések helyeztettek neki kilátásba és valószinű volt, hogy az alperes a parancsnak, ha felperes igénye vitatható nem volt, eleget is tett, és a további eljárásra csak akkor került a sor, ha a birtokviszony kétséges volt. Ez eset-

ben, ha felperes lett pervesztessé, őt érték a fent említett érzékeny büntetések. Könnyelmű támasztása vagy tagadása a birtokigénynek ilyenképen igen drága mulatság volt. Az eljárás voltaképen az volt, hogy ha valaki birtokomat zavarta, akár mint detentor, akár mint vitiosus possessor, önhatalmúlag visszaszerezhettem tőle a birtokot, de nem fegyveresen (*vis armata*, ellentétben a *vis simplex* vagy *quotidiana*-hoz.) Ha ellenállásra találtam, hatósági felhatalmazást kértem, a mit egy possessorikus interdictummal meg is nyertem, a melyeknek alapgondolata az volt, hogy az igazi birtokosnak joga van az önsegélyre, és azért azt a hatósági tilalmat tartalmazták, hogy ez önsegélynek a másik ellene ne szegüljön (vim fieri veto u. n. clausula vitiositatis). A birtokvédelem tehát nem az önsegély alkalmazása ellen irányuló, hanem azt támogató intézmény volt. Ez megfelel a régi római felfogásnak, hogy a jogosult csak akkor fordult a birói úthoz, ha önsegélye ellenszegülésre talált, a mely esetben azután a jogosulatlan ellenszegülőt büntetés érte. Eltekintve néhány esettől, mely absolut kétséges volta miatt birói megállapitást igényelt (legis actio per iudicis postulationem), a római ember a maga igazát önsegély útján tartotta megvalósitandónak. Kétségtelenül mutatja ezt, hogy a régi per három legfontosabb eljárásánál az önsegély actusának a törvény által előirt sollemnis formában való véghezvitele a birói eljárásnak előfeltétele volt (legis actio per vindicationem (sacramento in rem), per manus iniectionem, per pignoris capionem).

A birtokjog védelmére tehát először is az önsegély szolgált, de mig a detentornak csak önvédelme volt, addig a birtokosnak önhatalma is, nemcsak meglévő birtokát védhette, hanem tényleg elveszett birtokát is visszaszerezhette. A detentor mindenkivel szemben, a vitiosus possessor a iustus possessorral szemben birtoka elvesztése után védtelen volt. Ha az önsegély nem segitett, a birtokos a praetortól interdictumot kapott, az önsegélynek hivatalos sanctióját, megtiltását az önsegélylyel szemben való ellenszegülésnek. Ez a voltaképeni birtokvédelem, a birtokper, a melyben csakis a birtokról volt szó, a jogkérdés (a ius possidendi) teljes kizárásával. A peres felek egyike sem hivatkozhatik jogára, nem tartozik azt bizonyítani, sőt nem is bizonyíthatja. Alperes nem védekezhetik azzal, hogy ő tulajdonos, joga van a birtoklatra, vagy obligatorius igénye van rá (ú. n. *petitorius kifogások*) és felperes birtoka bizonyítékainak hiányát nem pótolhatja, nem támogathatja joga bizonyitásával. Ilyen, de csakis ilyen értelemben áll az a római jogi szabály, hogy *nihil commune habet dominium cum possessione*. Ez alapelv szigorú keresztülvitelén alapszik a possessorium és petitorium megkülönböztetése. Az előbbiben csak a birtok kérdéséről van szó, a petitoriumban a jogkérdésről és így érthető, hogy a possessoriumban történt döntés nem praeiudical a petitoriumnak, a ki a possessoriumban vesztes, az a petitoriumban győztes lehet

(váltó- és köztörvényi per). A possessorium csak provisorikus döntés. Possessorium és petitorium egy perbe nem is egyesithető, nem cumulálható.

A római birtokkeresetek háromfélék: interdicta retinendae, recuperandae a adipiscendae possessionis. Az *interdicta retinendae possessionis* a fennálló birtoknak megtartását czélozzák. Ilyenek az int. uti possidetis ingatlanok birtokának védelmére, az interdictum utrubi ingókéra. A középkor óta ezeket a védelmi eszközöket possessorium ordinariumnak hivják, melléjök lépet ugyanekkor a possessorium summariissimum. Az *interdicta recuperandae possessionis* czélja a már elveszett birtok visszaszerzése. Rómában ilyen volt az i. unde vi. Ennek helyébe a kánonjog befolyása alatt az actio spolii lépett. Az i. recuperandae possessionis közé szokás az i. de precariót is számítani. Ez helytelen. Az i. de precario nem birtokinterdictum, mert ellene alperes tulajdonosi kifogást (exceptio dominiit) emelhet, a mi a birtokinterdictum természetével össze nem fér. Igen különfélék az *interdicta adipiscendae possessionis*, a melyek a birtok megszerzésére irányulnak. Ilyen interdictuma van pl. az örökösnek az örökségi dolgok megszerzésére, i. quorum bonorum, ugyancsak neki van ilyen i.-a a legatarius ellen, ki a hagyományozott dolgot önhatalmúlag birtokba vette, i. quod legatorium. Ilyen az i. Salvianum, a melylyel a bérbeadó a bérlőnek a bérlett jószágra hozott dolgainak birtokát megszerezheti, ha ez a bérrel tartozik. Savigny szerint ezek nem possessiorius i.-ok, mert alapjuk nem birtok, felperes nem birtoka alapján perel.

Interdicta retinendae possessionis. Az *interdictum uti possidetis*, az ingatlanokra szóló védelem, az ez időszerinti, az interdictum kibocsátásakor fennálló birtokot védte, az *i. utrubi*, az ingókra vonatkozó interdictum a peres felek közt azt védte, a ki az utolsó évben hosszabb ideig birtokolta a dolgot. Szemmel látható, hogy ez az utóbbi interdictum nemcsak megtartó (retinendae p.), hanem visszaszerző (recuperatorius) hatású is. Bár ez idő szerint nem birtokolok, mégis megindíthatom és meg is nyerem a pert, ha az utolsó évben hosszabb ideig birtokoltam a dolgot, mint a jelenlegi birtokos. Ha pedig ő indítja ellenem birtokháborítás czimén az i. utrubit, bár ő felperes, ő fog elmarasztaltatni és a birtokot én nyerem. Szóval ez az interdictum iudicium dupplex, a melyben nemcsak alperes, hanem felperes is elmarasztalható. Mindkét interdictumnak, úgy az utrubi, mint az uti possidetisnek közös sajátsága az, hogy ellene az *exceptio vitiosae possessionis* emelhető, t. i. az a kifogás, hogy bár felperes birtokos (ingatlanoknál: most, ingóknál: az elmult évben hosszab ideig), de birtokát tőlem vi (erőszakkal), clam (alattomban) vagy precario (hogy nem adta vissza a neki bármikor visszavonhatólag átengedett dolgot) szerezte és ez esetben felperes visszautasíttatott keresetével és alperes nyerte a birtokot. Ha tehát a birtokos velem szemben vitiosus prossessor, nemcsak az

i. utrubi, hanem az i. uti possidetis is dupplex iudicium és recuperatorius hatású. Hogy tehát ezeket az interdictumokat retinendae possessionisnak nevezzük, nem egészen szabatos. Az interdicta retinendae possessionis egy fontos alkalmazás volt az, hogy a tulajdonpert rendesen megelőzték. A tulajdoni perben ugyanis igen fontos kérdés volt, hogy ki a birtokos, mert ő volt a perben az alperes. Ezért a pert megelőzőleg birtokperrel döntötték el a birtok kérdését. Ha a birtokperben mindkét fél birtokosnak mondja magát, akkor a per tartamára az nyerte a birtokot, a ki az e czélból megtartott árverésnél — fructuum licitatio — pervesztessége esetére nagyobb összeget igért (fructuum stipulatio). Pervesztessége esetére nemcsak ezt az összeget kellett megfizetnie, hanem a dolgot a gyümölcsökkel együtt is kiadnia, a mire a iudicium Cascellianum vagy secutorium irányult. Iustinianusnál már i. utrubi és uti possidetis közt nincs különbség; mindkettő az i. uti possidetis szabályait követi. Ez az egységes i. uti possidetis a középkorban *possessorium ordinarium* nevet nyer. Indíthatja az, a ki bizonyítja, hogy jelenleg ő a birtokos és az alperes az ő birtokát szóval vagy tettel zavarta, tagadta. A birónak a perben okvetetlenül el kell döntenie, hogy ki a birtokos, nem elegendő tehát felperes esetleges elutasitása, hanem egyiküknek a birtokot oda kell itélni, tehát duplex per. Felperesnek a birtokát nem kell ugyan úgy bizonyitania, mint a hogy pl. jogát kellene bizonyitania, t. i. a jogszerzés kimutatásával, hanem csak a jelenlegi állapotára kell hivatkozni, mégis gyakran vissza kell mennie a multra, hogy a jelenlegi állapotot bizonyíthassa. Hogy egy távol fekvő erdő jelenlegi birtokát bizonyítsam, ki kell mutatnom, hogy a mult évben ott fát vágtam, vadásztam. Bár nem mindig igaz, de gyakran áll, hogy olim possessor, hodie possessor. Ha pl. én is, alperes is használ egy halas tót, kérdés, ki a birtokos, ki a birtokháboritó? A praxis a régebbi birtokost tekintette birtokosnak, tehát a birtokszerzést, a titulust tekintetbe vette. A birtokpernek egyik szüksége volt ennél fogva, hogy interimistikus birtokot adjon az egyiknek vagy másiknak addig is, míg a per eldől. Ez történt az ú. n. *sumariumban*, *summariissimumban*, a mely tehát a birtokkérdésben provisorikusan dönt, még pedig úgy, hogy a legújabb hibátlan birtoklási cselekmény a mérvadó. A summariissimum tehát portio interdicti uti possidetis (az ordinariumnak). Később a summariissimum már önálló perre lett, melyet perjogi szempontból gyorsasága, materialis szempontból pedig az jellemzett, hogy duplex és a legújabb nyugodt birtokláson alapuló provisorikus döntés. Ha egyik fél sem tudja nyugodt birtokát bizonyítani, a pertárgy sequestratióba jut. A summariumot a detentor is megindíthatja.

Az interd. uti possidetis czélja: a birtok birói elismerése (tehát recuperatorius is lehet), további háborítás megtiltása, büntetés terhe mellett, esetleg biztositékadás. Kártérítés a birtokháboritásért,

de csak akkor, ha a háboritót vétkesség terheli. A kártéritésre irányuló igény egy év alatt elévül, ha a háboritó gazdagodott, csak 30 év alatt.

Interdicta recuperandae p. Láttuk, hogy az i. utrubi recuperatorius hatású, sőt vitiosa possessio esetén az i. uti possidetis is az. Ha azonban az ingatlan birtokost személye ellen alkalmazott erőszakkal (vis atrox) fosztották meg birtokától, az a szigorubb *unde vi i.*-ot, fegyveres erőszak esetén, *i. de vi armatat* indithatta. Justinianus a kettőt egyesitette *i. de vi* név alatt. Felperes az, a ki személyes erőszak folytán vesztette el ingatlana birtokát, alperes a deiiciens, még ha ez idő szerint ő nem is birtokos. Alperes az exceptio vitiosae possessionist nem emelheti, nem hivatkozhatik arra, hogy felperes előzőleg tőle szerezte vi, clam vagy precario a birtokot. Czélja a pernek visszahelyezés, restitutio, az ingatlannak cum omni causa (gyümölcsök, accessio stb.) visszaadása és kártérités. Elévül egy év alatt, a gazdagodás erejéig csak 30 év alatt. Justinianus nemcsak deiectio esetén adott helyt az i. de vinek, hanem akkor is, ha a birtokos távollétében vagy akarata ellenére helyezkedett valaki a telek birtokába. (Ilyenkor az i. de vi-t némelyek actio momenti vagy momentariae possessionisnak nevezik.) Ha a deiiciálás másnak érdekében annak megbizása nélkül történt, a képviselt csak azért felel, a mit hozzá jutott, ha az ő biztatására történt, ő tekintetik deiiciensnek. Ha a deiiciálás alkalmával a birtokából kiszoritottnak egyes ingói is elvesztek és azokat egyenként megjelölni nem tudja, akkor Zeno császár egyik constitutiója szerint a biró átlagos becslésén mint maximalis összegen belül, érdekének nagyságára esküt tehet (iuramentum Zenonianum).

Recuperatorius hatású a *condictio* [redacted]is, a melyet az ellen indithatunk, a ki jogalap nélkül nyert tőlünk birtokot. Ez azonban nem possessorius kereset, mert alperes vele szemben jogára, tulajdonjogára hivatkozhatik.

A középkori praxis a kánonjog hatása alatt a recuperatorius birtokvédelmet nagyon kiterjesztette. Igy a kánonjog szerint (caput saepe) az int. de vi nemcsak a deiiciens és örökösei (kik azonban a gazdagodásért is csak egy évig felelnek) ellen indítható, hanem az ingatlan minden birtokosa ellen, a ki a deiciálásról tudva szerezte meg a birtokot, mert ő is hasznot húzott a deiiciálásból (fautor delicti). A másik kiterjesztés pedig az ú. n. *actio spolii*. Az álizidori gyüjteményből Gratian gyüjteményébe átvett canon redintegranda ugyanis azt az intézkedést tartalmazta, hogy a spoliált, kiüzött püspök addig nem köteles az ellene emelt vádak czáfolatába bocsátkozni, mig az egyház őt vissza nem helyezte. Ebből fejlődött ki az a praxis, hogy a birtokukból spolialtáknak semmiféle keresetre sem kellett reagálniok, mig vissza nem helyeztettek. Ez az *exceptio spolii* tehát közvetett eszköze a recuperatio possessionisnak. Csakhamar nemcsak exceptiót, hanem keresetet is kaptak ú. n.

condictio ex canone-t, a melyet a XVII. század óta actio spoliinek neveznek. Savigny óta ez az intézmény számos támadásban részesült. Ez actiónak sajátságai *nemcsak a birtokos emelheti*, *hanem a birlaló* (bérlő, haszonbérlő, retentióra jogosult) *is*. Ma tehát a birlaló a föntebb említetteken kivül (§.) új védelmet nyert. Az actio spolii nemcsak ingatlanokra, hanem ingókra is indítható. Személy ellen alkalmazott erőszak nem lényeges előfeltétele, elég a birtokosnak akarata ellen történt jogtalan megfosztása a birtoktól. A kereset a spolians, örökösei és azon birtokosok ellen irányul, a kik a spoliumról tudva szerezték meg a birtokot. Alperes jogos birtokával védekezhetik. A kereset csak 30 év alatt évül el.

75. §. A birtokvédelem oka. (Birtokelméletek.)

A birtokos jogi védelemben részesül, de nemcsak a jogszerü, hanem iniustus possessor is, még a rabló és tolvaj is védetik. A jog tehát egyik kezével védi azt, a kit a másikkal sújt, büntet. Ez az ellenmondás magyarázatra szorul. Ez oka, hogy míg pl. a kötelem védelmének okát alig kutatják, a birtokvédelem oka körül oly vita indult meg, a mely a római jog legtermékenyebb monographikus irodalmát teremtette meg. Jhering, a maga remek „Grund des Besitzschutzes“ czímű művében ezeket az elméleteket a büntetőjogi elméletek mintájára két csoportba osztotta: absolut és relativ theoriákba. Az absolutak a birtokvédelem okát magában a birtokban találják, a relativok a birtokon kivül keresik, általános természetű intézményekben, jogelvekben. Védelme tehát véletlen, más tekintetekből származhatott.

A *relativ theoriák* sorozatát *Savigny* („Recht des Besitzes“), a birtokjognak Jhering előtt legkiválóbb művelője nyitja meg. Szerinte a birtok nem lévén jogviszony, sértése magában nem jogsértés, csak ha más jogszabályt is sért. Ilyen sértés az erőszakos birtokháboritás, a birtokvédelem oka tehát az erőszak tilalmának megsértése. (Rudorff ettől némileg eltérően a közrend háboritása elleni védelemben látja a birtokvédelem okát.) Savigny szerint tehát minden birtok-interdictum delikt kereset. Ez a nézet teljesen téves, mert: 1. a római magánjog delikt keresetei mellett (actio iniuriarum, interdictum quod vi aut clam) az interdictumokra semmiféle szükség sem lett volna; 2. nem nyertek interdictumokat azok, a kiknek a delikt keresetek természetéből kiindulólag ilyet nyerniök kellett volna, mert hiszen a detentor birtokának megsértése époly erőszak, mint a possessoré, de azért a detentor még sem nyert birtokvédelmet; 3. ezzel szemben nyertek interdictumot olyanok, a kiknek a delikt kereset természetének megfelelően nyerniök nem kellett volna, így az iniustus és malae fidei possessor, pedig az igazi delict kereseteket pl. az actio furtit, actio legis Aquiliaet a

tolvaj és rabló nem kapta meg; 4. az interdictum de vi kivételével egy interdictumban sem található fenn a deliktum-természet.

Thibaut elmélete, hogy a birtok védelmének alapja az, hogy senki sem győzhet le jogilag mást, ha csak előjogának túlnyomó alapja nincsen. De ha a birtok Thibaut szerint puszta tény, mi szükség az előjogra, hogy megszünjön, azután meg a bérlőnek csak erősebb előjoga van, mint az őt deiiciáló harmadiknak és még sincs interdictuma.

Röder szerint a feddhetetlenség előjogánál fogva védetik a birtokos, míg az ellenkezője be nem bizonyul, a birtokosnak, ki valamely jogot birhat, joga is van. De hát akkor mért nincs helye a birtokperben a jogkérdésnek?

Savigny előtt a *tulajdon valószinűségében*, abban a praesumptióban látták a birtokvédelem alapját, hogy a birtokos tulajdonosnak vélelmeztetik. De hát mért akarja a római jog a birtokost tulajdonosnak vélelmezni? Erre a kérdésre ez az elmélet adós marad a felelettel.

Gans szerint a birtokban a kezdődő (elbirtokló félben levő) tulajdon védetik. De hát akkor mért védetik a malae fidei possessor is, a ki pedig sohasem fogja a dolgot elbirtokolni?

Az *absolut* theoriák közül először is az ú. n. *akaratelmélet* (Gans, Puchta, Bruns: „Recht des Besitzes im Mittelalter“) említendő, a mely szerint a birtok azért védendő, mert nem egyéb, mint az akaratnak tényleges megvalósulása. De ha az akaratnak sérthetetlensége és absolut szabadsága az egész birtoktannak mozgató eleme, mért mozdithatja el a birtokos a vitiosus possessort és detentort vis quotivianaval a birtokból? Mit jelentenek akkor azok a birtokkeresetek, a melyek a birtoknak csak megállapitására vonatkoznak és igy semmi akaratsértéssel nem járnak? Ha az akarat védetik, mért nem védetik akkor is, ha nem mint birtok nyilvánul? A vadat üldöző vadász mért nem védetik a vad lelövője és elvivője ellen? Mért nincs birtok, birtokképtelen dolgok és személyek (filius familiás) esetén.

A másik absolut theoria a *Stahl*-é, a mely szerint a birtok a tulajdonhoz hasonló a vagyon általános rendeltetésének szolgál, hogy t. i. a dolgok a rajtuk gyakorolt szabad hatalom folytán az emberi szükséglet kielégítésére valók, a birtokot az állam tehát azért védi, hogy a dolgok tényleges állapotát conserválja. Ebből az az egy igaz, hogy a birtok a birtoklónak gazdasági érdeke, de ez még nem elegendő, hogy ebből a birtok védelmet kimagyarázzuk. Ha a tényleges állapot conserválása a birtokvédelem czélja és oka, akkor mért nem védi a detentiót, hisz az is tényleges állapot?

Mindezekkel szemben már most *Jhering* állitotta fel a maga relativ elméletét. Szerinte *a birtokvédelem megkönnyitett tulajdoni védelem.* A tulajdon a maga normalis alakjában a birtok, a birtok

a tulajdonnak ténylegessége, láthatósága. Statistikailag ez a ténylegesség az esetek túlnyomó számában összeesik az igazi tulajdonnal, rendesen a birtokos tulajdonos is. A birtok tehát vélelmezett tulajdon. Csak természetes, hogy a mikor tehát csak a tulajdonunk ellen irányuló támadást akarjuk elhárítani, a római jog a prima facie bizonyítással, a tulajdonnak védelmével megelégszik, épúgy mint a hogy ott, a hol a dolog harmadik kézben van, és így az alperes mellett szól a tulajdon vélelme, ennek megerőtlenitésére a tulajdon bizonyitását követeli. A birtokper tehát a tulajdont a defensivában, tulajdoni per az offensivában mutatja. Ha a defensivához is megkivánnók a tulajdon bizonyítását, az annyit jelentene, hogy mindenki, a ki tulajdonát nem tudja bebizonyitani — a mi a legtöbb esetben úgy is van — teljesen védtelen volna, bárki megfoszthatná tulajdonától. A birtokvédelem tehát a tulajdonnak elengedhetetlen kiegészítője. A tulajdonjog a birtokvédelem nélkül tökéletlen volna, míg a tulajdoni kereset hiánya a tulajdonnak prakticus hatását alig befolyásolná, a minthogy mai vagyonrendünk is nem annyira a tulajdon jogán és keresetén, mint inkább a birtok biztonságán nyugszik, a mely utóbbit megint persze nem annyira a magánjogi birtokkereset, mint a megzavarásához kötött büntetőjogi sanctio tartja fönn.

Hogy a római jog teljes tudatában volt annak, hogy a birtokvédelem csak megkönnyitett tulajdoni védelem, mutatja az, hogy a hol tulajdon nem lehetséges, ott a birtok is ki van zárva. A hol a tulajdon nem képzelhető, ott annak vélelméről sem lehet szó.

Ha azonban pusztán a birtoknak kimutatása elegendő, hogy védelemben részesüljön, akkor ezt a nemtulajdonos épúgy élvezi, mint a tulajdonos. A birtokvédelem tehát annak javára is szolgál, a kinek nincs is szánva. És ez elkerülhetetlen, ez a tulajdon könnyitett védelmének az ára. Ha ezt el akarnók kerülni, bele kellene vonnunk a jogkérdést, de ez a birtokpernek végét jelentené, a mely épen azon nyugszik, hogy egyik fél részéről sincs megengedve a jogkérdés belevonása. Igaz, hogy az ilyen szigorúan elkülönített possessorium oda is vezethet, hogy a nemtulajdonos benne győzelmet arathat a tulajdonos fölött, a tulajdonos érdekében alkotott intézmény ellene fordul, de ez nem baj, mert csak a tulajdonostól függ, hogy a maga tulajdoni keresetével az ellenfél most még védett birtokának véget vessen. A jogintézményeknek ez a hatása, hogy túllőnek a nekik szánt czélon, el nem kerülhető, ez olyan, mint az eső, a mely a jámbor embernek épúgy javára szolgál, mint az istentelennek. Különösen oly intézményeknél ismétlődik ez, a melyek bizonyítási megkönnyitéseket czéloznak, mint pl. a bemutatóra szóló papirok. Az ilyen intézményeknél kettő közt kell választani: vagy részesítjük a jogosulatlant is ez előnyben, vagy, ha őt ki akarjuk zárni, a jogosulttól is meg kell vonnunk a könnyebb bizonyításnak előnyét.

A birtokvédelem tehát a tulajdon nélkül nem érthető meg. És ez ellen még az sem szól, hogy a jurista szerint nihil comunne habet dominium cum possessione. Ez a tétel arra vonatkozik, hogy a két intézményt a jogalkalmazásban kell egymástól szétválasztani, de nem dönti meg a két intézmény jogpolitikai, törvényhozási kapcsolatát.

Jhering a maga Grund des Besitzschutzes czímű művében, a melylyel a Savigny theoriáit halomra dönti, a maga elméletének megfelelően táblázatosan összeállítja a tulajdon védelmére szolgáló eszközöket.

1. Bizonyítása a tulajdon *szerzésmódjának a multban:*

a) úgy a külső, mint a belső előfeltételeknek: *rei vindicatio, negatoria actio*;

b) pusztán a külsőknek: *Publiciana actio.*

2. Bizonyítása a tulajdon *tényleges létezésének a jelenben*, azaz a birtoknak, még pedig vagy

a) idegen tulajdon ellenbizonyításának (kifogás alakjában) megengedésével: *condictio furtiva, actio legis Aquiliae*, vagy

b) ennek kizárásával: *birtokkeresetek.*

Jhering szerint tehát a birtok prakticus jelentősége az, hogy tulajdoni helyzet (Eigenthumsposition). Werbőczy szerint (H. K. I. 24. §. 2.): *possessio pro dominio accipiatur.*

76. §. A jogi birtok, iuris quasi possessio.

Ugyanígy, mint a hogy a római jog a tulajdonosnak a helyzetét az által, hogy a jog ténylegességének (a birtoknak) bizonyításával megelégszik és azt védi, megkönnyíti, megteszi azt más jogosultakkal is. Annak, a ki valamely szolgalmat gyakorol, átjár a szomszédja mezején, interdictumot ad, a melynél jogának csak külső megvalósulását, t. i. a tényleges átjárást kell bizonyítania. Ezzel aztán megvédi azt is, a ki átjár a szomszédja telkén, a nélkül, hogy joga volna és csak ha vi, clam vagy precario jutott ahhoz, hogy az átjárást gyakorolja, hagyja védtelenül. Itt is tehát tisztán tényleges állapot részesül védelemben. De csak oly tényleges állapot nyer védelmet, a mely valamely jognak külső aspectusát nyujtja. Olyas valaminek a gyakorlása, a minek gyakorlását semmiféle jog sem czélozza, nem részesül semmiféle védelemben. Ezért a római juristák annak gyakorlását, a mit valami jog czéloz, *iuris possessio*-nak nevezik. Szigorúan véve az eddig tárgyalt birtok is iuris possessio, mert ez is ténylegessége, gyakorlása egy jognak, t. i. a tulajdonnak. Ezt azonban a római juristák röviden possessiónak nevezik vagy corporis possessiónak, ellentétben a többi jog ténylegességével, gyakorlásával, a iuris possessióval vagy teljes néven *iuris quasi possessio*-val. Erre tehát az eddigiek szerint áll

az a szabály: hogy a hol jog nincs, ott iuris quasi possessio sincs, épúgy, mint a hol tulajdon nincs, ott birtok sincs, vagy a per nyelvén szólva általában: a hol petitorium nincs, ott possessorium sincs. A iuris quasi possessio esetén is az interdictummal győztes, a petitorikus pl. szolgalmi perben vesztes lehet, a két per egyszerre is meginditható, de nem együtt.

A quasi iuris possessio a császárság korában fejlődött ki. Addig az a felfogás uralkodott, hogy a dolgokat csak a maguk egészében lehet birtokolni, egyes vonatkozásaikban nem. Csak lassankint ismerték el, hogy a dolognak egyes vonatkozásaikban való használhatása, tehát annak tényleges gyakorlása, a mire a szolgalmas van jogositva, szintén védendő, tehát elismerték a tulajdoni birtok mellett a szolgalmi birtokot. A mint a tulajdon: jog az egész dologra, a szolgalom: jog a dolog egyes vonatkozásaira, részjogosultság, úgy lépett az egész dolog birtoka (possessio corporis) mellé a részbirtok, birtok a dolog egyes vonatkozásaira: quasi possessio iuris. Ez az utóbbi név tehát nem azt jelenti, hogy a jogot birtokoljuk, hanem azt, hogy birtokoljuk a dolgot egyes vonatkozásaiban, gyakoroljuk azt, a mit a jog czéloz. A római jog szerint az usufructus és a telki szolgalmak tényleges gyakorlását ismerték el quasi iuris possessiónak. A quasi iuris possessio megszerzéséhez szintén corpus kell, oly gazdasági viszony a dologhoz, a milyenben az usufructuarius, a telki szolgalmas hozzá lenni szokott és ennek a corpusnak nyilvánítania kell azt az animust, azt az akaratot, hogy az illető ezt a viszonyt akarja, hogy pl. ezt az átjárást mint jogot akarja gyakorolni. Lehetséges tehát malae fidei iuris quasi possessio is.

A pandektajog a iuris quasi possessiónak a kánonjog hatása alatt a római jognál sokkal nagyobb alkalmazási tért adott. Nemcsak testi dolgokra szorítja. Tárgyai egyházi és világi felségjogok, egyházi méltóságok, hivatalok, tizedek, tiszteletbeli állások, szóval nincs a magán- vagy közjognak oly viszonya, a melynél a iuris quasi possessio gondolatát ne alkalmazták volna. A vezérlő gondolat az volt, hogy a ki valamely jognak zavartalan élvezetében található, oly jognak, a melynek valami tartós gyakorlás felel meg, az, ha jogát vitatják, támadják, mindaddig védessék, míg jogának nem létezése be nem bizonyittatott. Így adtak a házasság érvényességének, a gyermek törvényes voltának támadásával szemben keresetet a házassági vagy gyermekjog quasi birtokának védelmére, sőt czimerek használatának, doktori czimek, nemesi előnevek viselésének joga is tárgya lett a quasi birtoknak. A fizetés- vagy pensio-megvonások esetén is a hivatalnok az állammal szemben a birónál védelemre talált iuris quasi possessiója alapján (hogy t. i. ezt a fizetést eddig pontosan megkapta), mindaddig, míg az állam, a kormány be nem bizonyitotta, hogy az illető a fizetés, a pensio felvételére nem jogosult. A mi az ilyen kiterjesztett iuris

quasi possessio védelmét illeti, az eddigi állapotnak megszüntetése, spoliumnak tekintetik, a mi az actio spoliire jogosit.

A iuris quasi possessiónak ilyetén kiterjesztése természetesen ellenzésre talált, a minek több tekintetben megszorító hatása is volt. Így a házassági jognak quasi possessióját már nem ismerik el.

II. FEJEZET: A TULAJDON.

77. §. A tulajdonjog fogalma és fajai.

A tulajdonjog definitiója vitás és nehéz. Még a legelterjedtebb az, hogy „a tulajdonjog korlátlan és kizárólagos jogi uralom valamely dolog fölött". Ehhez mások még hozzáteszik: melynél fogva rendelkezhetünk a dolog felett tényleg állagáról, jogilag sorsáról, vagyis használhatjuk (ius utendi), gyümölcsöztethetjük (ius fruendi), birtokolhatjuk (ius possidendi), megterhelhetjük (ius onerandi), elidegenithetjük (ius alienandi) stb. és itt igyekeznek a rendelkezési lehetőségeket kimeríteni. Valamely definitio akkor helyes, ha a benne felsorolt ismertető jelek (jegyek) mind lényegesek, azaz a definiált fogalomban mindezeknek a jegyeknek meg kell lenniök. E szerint, ha fenti definitio helyes volna, nem lehetne szó tulajdonjogról ott, a hol a fenti rendelkezési lehetőségek közül egyik vagy másik hiányzik. Ha egy ingatlanon valakinek superficiese, emphyteusise van, másnak zálogjoga, egy harmadiknak szolgalma, akkor annak a teleknek a tulajdonosát a fenti rendelkezési lehetőségek közül egy sem illeti meg, pedig ő mégis csak tulajdonos. Erre azt mondják, hogy bár ez idő szerint tényleg nem gyakorolhatja az őt, mint tulajdonost megillető jogosultságokat a dolgot terhelő más jogok miatt, ezek megszünte után azonban meglesz minden rendelkezési ius a *tulajdonjognak ú. n. ruganyosságánál* fogva. Ez azonban nem változtat semmit, mert ha a definitio helyes, akkor ez idő szerint neki csak reménye volna, de nem tulajdonjoga. A tulajdonjognak ez a definitiója tehát nem helyes, a tulajdonjog nem áll ezekben a rendelkezési lehetőségekben. E iusok nélkül is marad a tulajdonosnak a fenti esetekben valamije, az t. i., hogy ha egy nem jogositott személy akarna a dologba avatkozni, behatni a telekre, azt visszautasíthatja. Tehát a tulajdonos számára egy absolut tilalom áll fenn, mindenkihez intézve, hogy ezt a dolgot senki se bántsa. Tehát *a tulajdonjog az a jog, melynél fogva bárkinek jogosulatlan behatását a dologra kizárhatjuk.* Persze nem ez a hatalom a végczél, a melyért én a tulajdont megszerzem, ez csak eszköz a czélomhoz. De hiszen minden subiectiv jog csak eszköz, az állam által adott eszköz. Az uralkodó felfogás a jog tartalmának az élvezetet veszi, de ez nem áll, a jog tartalma az állam által nyujtott eszköz.

Elemezzük definitiónkat: kizárhatjuk bárkinek a behatását, tehát a tulajdonjog absolut negativ jog. Kizárhatjuk bárkinek a dologra való behatását, a tulajdonjog tehát dologi jog, dologra vonatkozó, dologbeli jog. A tulajdonjog tárgya, az élvezési obiectum csak dolog lehet. Testrészemre nincs tulajdonjogom, mert az nem dolog, azzá csak akkor lesz, ha különválik (separatio), ha amputálják, és ekkor tulajdonjogom tárgya is. Nem lehet tárgya res incorporalis, t. i. jog vagy kötelezettség, mint a telekkönyvi rendtartás mondja. Nincs tulajdonjogom szellemi alkotásaimon, nincs dologösszességen (universitas rerum distantium), hanem csak az összes egyes dolgokról (l. a birtoknál). Nem lehetnek a tulajdonjog tárgya res extra commercium. A telkek fölötti tulajdonjog kiterjed úgy a földfelület feletti légűrre, mint a föld alá. Harmadszor: kizárhatja a tulajdonos bárkinek a dologra vonatkozó *jogosulatlan* behatását. Vannak tehát jogosult behatások (ú. n. *korlátai a tulajdonjognak*) is, a melyeket a tulajdonos nem tilthat. Ide nem tartozik, hogy vannak személyek, a kik jogot szereznek a behatásra, szolgalmat, kötelmet, örök haszonbérletet, örökbérletet stb. Ezek nem tartoznak ide, mert tulajdonjogomnál fogva ezeknek is megtilthatom a behatást, ők csak ellenjogukra hivatkozhatnak. Nekik az ő ellenjogukra az én actio negatoriammal szemben hivatkozniok kell, ex officio a biró nem fogja tekintetbe venni. Ezek az ellenjogok nem korlátozásai tehát a tulajdonjognak. Az a szokásos kifejezés különben, hogy a tulajdonjognak korlátai vannak, helytelen, mert a tulajdonjog soha sincs korlátozva. Ez logikai hiba, a tulajdon helytelen definitiójától indul ki. Az én 100 frtos követelésemnek nem korlátozása, hanem csak határa az, hogy 105 frtot nem kérhetek. Így a tulajdonjog ú. n. korlátai sem korlátok, hanem határai. A tulajdonjognak ezen határait, az idegen jogosult behatásokat sokan legalis szolgalmaknak nevezik.

Ilyen idegen jogos behatások ezek:

1. A római jog épúgy mint a modern jogok abból indultak ki, hogy a dolgok akkor használtatnak ki a legjobban, ha egyéni önzés alá esnek, szóval, a jogrendszerek a magántulajdonból indulnak ki. De vannak *közérdeki szempontok*, a melyek a tulajdonoson kivül másnak is engednek a tulajdon tárgyára jogos beavatkozást. Ilyen pl., hogy a folyó partjának tulajdonosa tűrni köteles, hogy bárki a partot rendesen használja, ott kikössön stb. A telek tulajdonosa tűrni tartozik, hogy telkén a felület tetemes sértése nélkül mások ásványt kutassanak (római jogi intézmény, $^1/_{10}$ a tulajdonosé, $^1/_{10}$ a fiscusé). És ilyen behatásokat egyéb, különösen policialis, közigazgatási szempontból is állítanak fel az egyes jogrendek.

2. *Magánérdekből* folyó idegen behatások: *a*) Meg van engedve mindenkinek a tulajdonára egy bizonyos usus publicus, nézhetem másnak a házát, gyönyörködhetem benne stb. *b*) Ha bárkinek a dolga az én telkemre kerül, akkor azt a telekről el lehet vinni,

persze az okozott kár erejéig retentióval élhetek (a követelt kártérités azonban csak a dolog értékéig terjedhet), és ha sokáig el nem viszik, a biróság res derelictának nyilváníthatja.

3. *Szomszédjog.* A szomszédsági viszonyból számos idegen telekre irányuló behatási jogosultság folyik. Nem tiltakozhatom *a)* a szomszédom okozta azon füst, szag, korom, árnyékvetés, ingatlanmegrázkódtatás ellen, a mely a szokásos mértéket meg nem haladja; *b)* az ellen, hogy a szomszédom épülete az én telkem fölötti légürbe áthajlik, még pedig a római jog szerint ½ lábnyira; *c)* hogy az ő fájáról az én telkemre hullott gyümölcsöket minden másodnapon (tertio quoque die) fölszedje. Ha ebben megakadályoznám, szomszédom az interdictum de glande legendával élhet. *d)* Nem tiltakozhatom az ellen, hogy szomszédom a telkemen az ő érdekében vont csatornát tisztítsa. Megakadályoztatása esetén interdictum de cloacissel élhet, de cautiót kell adnia, hogy kárt okozni nem fog. *e)* Ha szomszédom fái telkemre árnyékot vetnek, nem tiltakozhatom ellene, a mig a fák magassága a 15 lábat meg nem haladja. Ha a fák azonban magasabbak, kivánhatom, hogy a magasabb ágakat kivágja, mást nem; ha nem teszi, magam megtehetem, ha pedig ezt nem akarná megengedni, az interdictum de arboribus caldendissel élhetek. *f)* Ha szomszédom a maga telkén oly intézkedést tesz, a melyek folytán az esővíz lefolyása az én káromra megváltozik, megindíthatom ellene az actio pluviae arcendae-t.

Nem tartoznak a tulajdonjog határai közé azok az obligationes ex lege, a melyek a tulajdonost valamire kötelezik és a melyeket szintén a tulajdonjog korlátai között szokás felsorolni. Hogy nekem épületemet rendben kell tartanom, az nem korlátja a tulajdonnak. Ez csak akkor volna korlát (határ), ha a tulajdonjog abban állna, hogy nekem semmit sem kell tennem. Ez nem másnak a behatási jogosultsága az én dolgomra, hanem egy obl., a mely ex lege azért terhel engem, mert épen én vagyok a tulajdonos. Már pl., hogy én köteles vagyok a barmom által okozott kárt megtériteni, senki sem sorolja a tulajdonjog határai (korlátai) közé, pedig lényegileg azonos az előbbi kötelezettséggel. Ezeknek az obligatióknak nem itt, hanem a kötelmek tanában van helye. Nem tartoznak a tulajdon határai közé az elidegenítési tilalmak sem, mert a tulajdonjognak nem lényeges kelléke az elidegeníthetőség. Először is a tulajdonos nem idegenítheti el mindig a maga dolgát és másodszor elidegenítheti a dolgot nem tulajdonos is, pl. a zálogos. Azután, ha pl. a kötelmek a követelési jogok tartalmának nem tartjuk a róluk való rendelkezhetést, pl. hogy cedálhatjuk stb., akkor a tulajdonjognak sem tartozhatik a tartalmához a jogról való rendelkezés. A jogról való rendelkezés nem vehető a jog gyakorlásának, ép azért, pl. a szolgalom, a mely mint látni fogjuk, non usus által elvész, elvész akkor is, ha közben elidegenítem, elzálogosítom stb., a mi annak a jele, hogy a jogról való rendelkezés

nem ususa, nem gyakorlása a jognak. Az ilyen rendelkezés megtiltása tehát nem korláta, nem határa a jognak, hanem csak a személynek. Ilyen elidegenítési tilalmak pl. a római jog szerint, hogy egy res litigiosát a peres feleknek, egy fundus dotalist a férjnek, a legatum sub die-t, a kiskorú dolgát (ma ingatlan dolgát) gyámi beleegyezés nélkül nem szabad és lehet elidegeníteni. (Kiskorú dolgának elajándékozása ma még gyámi beleegyezéssel sincs megengedve.)

Tulajdonjog tehát az az absolut jog, a mely abban áll, hogy minden embernek (egynek, a tulajdonosnak a kivételével) a jogrend megtiltja egy bizonyos dologra nézve mindennemű jogosulatlan behatást; vagy a mi ugyanaz, csak más nézőpontból, t. i. a tulajdonos nézőpontjából: tulajdonjog az, hogy lehetőleg biztositva van abban, hogy a dolgot csakis ő fogja élvezni. Hogy azonban a tulajdonos a dolgot élvezhesse, birtokolnia kell azt, abban a helyzetben kell lennie, hogy a dolgot rendeltetése szerint használhassa. Ha ellenben az én tulajdonom (tulajdon szóval a tulajdonjogon kivül annak tárgyát is jelöljük), az én órám másnak a birtokában van, én ugyan tulajdonos maradok, de csak puszta jogom, nudum iusom van, annak a másnak pedig van az óra. Arra a kérdésre tehát, hogy mi akarok inkább lenni, birtokos-e vagy tulajdonos, a felelet az, hogy a birtok többet ér, mint a tulajdonjog.

A tulajdonjognak a római jogban történeti szempontból fontos két faja volt, a ius civilebeli *quiritar tulajdon* (dominium ex iure Quiritium) és a ius gentiumbeli *bonitar tulajdon* (in bonis esse). Ez utóbbi római polgárnak (később Latinusnak is) csak praetori védelemben részesülő tulajdona különben quiritar (ius civile szerinti) tulajdonra is képes dolgon, a melyet azonban nem quiritar szerzésmóddal (mancipatio, in iure cessióval), hanem csak iure gentium szerzett meg. Nem szabad a bonitar tulajdonnal összetévesztenünk a római jognak lényegileg hozzá hasonló alakulatait, t. i. a „possessio és ususfructus"-t a provincialis telkeken és a peregrinusok tulajdonát. A három alakulat abban egyezik meg, hogy ius civile szerint az illetők csak birtokosok, különbözik pedig egymástól mintegy a vitium tekintetében: a bonitar tulajdonos a szerzésmód hibás volta miatt, a possessor et usufructuarius fundi provincialis a dolognak quiritar tulajdonra való alkalmatlansága miatt, végül a peregrinus személyének alkalmatlansága folytán nem nyer teljes jogi (quiritar) tulajdont. Sokan a peregrinus tulajdonát is bonitar tulajdonnak nevezik.

A bonitar tulajdon keletkezése a következő: Res mancipi tulajdona átruházásának vagy a mancipatio vagy in iure cessio formájában kellett végbemennie, a puszta traditio (l. o.) nem adott tulajdont, a ki csak átadással szerzett res mancipit, védtelen volt a tulajdonos és successorai rei vindicatiójával szemben. Már pedig a traditio mind gyakoriabbá vált a res mancipiknél is (a res nec

mancipinél ab ovo helyén volt, mert traditióval rajtok quiritar tulajdont szereztek), egyrészt mivel a mancipatio és in iure cessio kellemetlen formaságok voltak, másrészt mivel sem feltételt, sem időhatározmányt meg nem tűrtek. Ezért sokan a traditio szerezte birtokkal megelégedtek, mert a traditio távollevők között is végbemehetett. A praetor nem zárkózhatott el sokáig az életnek e tényleges alakulata elől és bár tulajdonjogot nem adhatott (praetor ius facere non potest), hanem in effectu mégis úgy tekintette az illetőt, mintha tulajdonos volna. Az ilyennek, a ki t. i. res mancipit traditióval szerzett, neve e szerint nem is tulajdonos volt (a bonitar tulajdon elnevezés későbbi eredetű), a források úgy jelölik meg: in bonis esse, in bonis habere, a mit Theophilus a maga paraphrasisaiban δεσπότης βονιτάριος-szal ad vissza (innen a bonitar tulajdon elnevezés). A praetor a bonitar tulajdonost olykép védte, hogy a quiritar tulajdonos rei vindicatiójával szemben exceptio dolit adott, melynek neve, ha az átadás causája vétel volt: exceptio rei venditae et traditae. Az exceptio azonban csak alperesi minőségben védte a bonitar tulajdonost, ezért a praetor neki arra is adott eszközt, hogy a kezéből kikerült dolgot visszakövetelhesse. Erre szolgált az actio Publiciana, melyet valami Publicius nevű praetor (neve és hiv. ideje igen vitás) adott először. Ezzel a Publiciana actióval a bonitar tulajdonos mindenkivel szemben élhetett, a kinél a neki átadott dolog volt, még a quiritar tulajdonossal szemben is, ha a dolog hozzá visszakerült. Ha a tulajdonos az actio Publiciana ellen exceptio dominiit emelt, t. i. azt a kifogást, hogy hiszen ő a tulajdonos, a bonitar tulajdonos ezt az exceptiót replicatio rei venditae et traditaevel üthette vissza. A Publiciana actio csak egy esetben nem védett, ha t. i. a quiritar tulajdonos a bonitar tulajdonostól hozzá visszakerült dolgot valakinek ismét el- és átadta, akkor, ha a dolog az egyik bonitar tulajdonos birtokában van, a másik nem léphet fel ellene, viszont, ha valamely harmadik birtokos ellen lép fel felperesként mindkét bonitar tulajdonos, az fog győzni, a kinek jogosultsága régebbi. A Publiciana actiót tehát a bonitar tulajdonos megindíthatja mindenki ellen, kivévén azt, a kinek nálánál erősebb joga van a nélkül, hogy neki kötelmileg le volna kötve. (A iustinianusi jogban az actio Publiciana már nem a bonitar tulajdon, hanem a jóhiszemű birtok védelmére szolgál.)

A régi római jogban a mai tulajdon és birtok megosztottságának mintájára maga a tulajdon lehetett megosztva. Lehetséges volt, hogy valakinek csak bonitar tulajdona van, holott a quiritar, a ius civile szerinti tulajdont nem szerezte meg, tehát másnál van a bonitar tulajdon, másnál a quiritar. Ez utóbbi persze csak est nomen quod nec unquam videtur nec in rebus apparet (Cod. VII. k. 25. cz. l. un.), innen neve nudum ius Quiritium, mert a tényleges tulajdon azé volt, qui in bonis est. De néhány tekintetben mégis mögötte állt a bonitar tulajdonos a quiritarnak; a bonitar tulaj-

donostól szabadon bocsátott rabszolga csak latinitást nyert, nem teljes civitast, a bonitar tulajdonos nem ruházhat át civiljogi tulajdont még a civiljogi szerzésmódokon sem, legatum per vindicatio nem-et nem hagyhat, servitust iure civile nem adhat.

Bonitar tulajdon azonban nemcsak a szerzésmód hibás volta miatt keletkezett, hanem maga a praetor is adott bonitar tulajdont, így a bonorum possessornak és az ex secundo decreto immissusnak. Ezt azonban csak az újabb írók vetik egybe a bonitar tulajdonnal, maguk a rómaiak külön választották. A bonorum possessor védelmére nem a Publiciana actio szolgált, mert őt nem az elbirtoklás fictiója, hanem azon fictio alapján védte a praetor, hogy ő az örökös.

Iustinianus idejében a res mancipi és nec mancipi közti különbség megszűnt, ezért ő a bonitar és quiritar tulajdonközti különbséget is megszüntette. (Cod. VII. k. 25. cz. l. un. de undo iure Quiritium tollendo.)

Dogmatikai szempontból beszélnek dominium illimitatumról (plenum) és limitatumról (minus plenum) a szerint, a mint a tulajdonjogot teljes vagy meg van terhelve egyik vagy másik ius in re alienával. Középkori eredetű a *dominium directum* és *utile* megkülönböztetés. A glossatorok ugyanis az emphyteusist, superficiest és a vasallus tulajdonjogát azon az alapon, hogy utilis tulajdoni keresettel (rei vindicatio utilis) védetett, dominium utilenek nevezték. Ez alapon a tulajdont megosztották és főtulajdonnak nevezték az igazi tulajdont, a melylyel szemben a hűbéres, az emphyteuta, a superficiarius haszonvevő tulajdonos. Az ilyképen megosztott tulajdonnal szemben áll azután a teljes és osztatlan tulajdon, a hol az osztr. polg. törvénykönyv szavai szerint a dolog állagára való jog a haszonvételi joggal egyesül, vagyis helyesebben: a hol a tulajdont sem emph. sem superf. nem terheli. Beszélnek még *dominium revocabile*-ről, oly tulajdonjog, a mely bár ez idő szerint fennáll, de már most biztos, hogy az ez időszerinti tulajdonos valamely később bekövetkezendő tény (conditio resolutiva, dies ad quem) folytán ipso iure el fogja veszteni. Ettől megkülönböztetendő az ú. n. dominium revocabile ex nunc, a melynél a tulajdonos kötelmileg kötelezte magát, hogy tulajdonjogát bizonyos körülmények között más személyre fogja átruházni, a mivel szemben minden más esetben a revocabilis tulajdon dominium revocabile ex tunc. Dominium revocabile csak az utóbbi, az előbbi nem külön neme a tulajdonnak. A dominium revocabilenél a revocatióig húzott gyümölcsök az ez időszerinti tulajdonoséi maradnak, mert tulajdonjoga alapján szerezte őket, de a dolog elidegenítése, megterhelése dologi jogokkal, a melyet időközben vitt véghez, a revocatio pillanatával ipso iure érvénytelen. Ezt újabb jogi közmondással úgy fejezik ki: resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum. Ép ezen szempontból kell a dominium revocabile-től a *dominium pendenst* megkülönböztetni, a

mely alatt azt értjük, hogy annak a kérdésnek az eldöntése, hogy egy dolog tulajdona kit illet, valamely ez idő szerint bizonytalan körülmény be- vagy be nem következtétől függ. Pl. valamely nyáj haszonélvezőjének az újonnan ellett bárányok felett van ily dominium pendense, mert ő csak az esetben lesz ezeknek tulajdonosa, ha a haszonélvezet befejeztével az elhunyt juhok kipótlása, ú. n. summissiója után még maradnak szám feletti juhok. Az ilyen tulajdonnak megterhelései, elidegenítései ex tunc, azaz ab ovo érvénytelenek, semmisek, míg a dominium revocabilenél csak a revocatio pillanatától fogva, tehát ex nunc. A dominium pendenstől ismét megkülönböztetendő a *dominium dormiens*, a mely t. i. oly tulajdonjog, a melyet kétségtelen volta daczára sem lehet bizonyos ideig érvényesíteni, igy a tignum iunctum esetén, ha az én anyagszeremet valaki beépíti, addig nem indithatom meg a tulajdoni keresetet, míg az épület fennáll. (Addig is van azonban actio de tigno iunctom, a melylyel az anyagszer értékének kétszeresét követelhetem, de magát az anyagszert nem.)

A tulajdon szóval jelölik a jóhiszemű birtokot is, elnevezvén vélelmezett, fictiv tulajdonnak, de ez voltaképen külön alanyi jog, a melyről később lesz szó.

A tulajdon tárgya, mint láttuk, dolog és egy dolgon csak egy tulajdon lehető. Ép azért áll a római jogban is a szabály *duorum in solidum dominium esse non potest*. *Condominium* (közös tulajdon) tehát csak pro partibus indivisis lehető (l. bővebben a birtoknál). A közös tulajdonosok mindegyike a maga idealis részéről szabadon rendelkezhetik és a haszon (a gyümölcsök) kellő részére igénye van, de az egész dologról, annak realis részeiről az egyes társ csak a többiek beleegyezésével rendelkezhetik. Actio communi dividundóval a közösség megszüntetését vagy szabályozását kérheti a társ, a mellett a tulajdonosi és birtokvédelmi keresetek is megilletik a harmadik zavaróval szemben. A dolgon minden egyes condominus a szükséges javitásokat önhatalmúlag végeztetheti és kiadásainak megtérítését minden egyes társtól pro parte követelheti. Ha ezek a felszólítás után 4 hónapig nem teljesítik ezt a követelését, tulajdonjogukat elvesztik. A társak különben culpa in concretoért felelősek, tehát oly diligentiával tartoznak eljárni, quam in suis rebus adhibere solent.

A tulajdonjog fogalmának és jogainak tárgyalása után minden jognál követett rendszerünk szerint a jogot keletkezhető, változtató és szüntető tényekre kell áttérnünk. E tekintetben az institutio könyvek rendszerétől eltérünk, mert azok nem a jogkeletkeztető, változtató és szüntető tények szerint tárgyalják az anyagot, hanem subiectiv szempontból jogszerző és vesztő tények szerint. Az előbbieket megint történeti alapon két részre osztják: ius civile és ius naturale (gentium) szerinti szerzéstények. A ius civile szerinti

szerzéstények az elbirtoklás kivételével pusztán történeti érdekűek, azért e tekintetben az institutio könyvekre utalunk (Vécsey 269—271. o., Kajuch 188—192. o.)

78. §. Tulajdonjog keletkeztető tények: 1. Egyoldalú birtokbavétel.

Bizonyos esetekben a tulajdonjog az által keletkezik, hogy egy dolgot birtokba veszek (apprehendálok). Itt megint meg kell különböztetni az idegen és az uratlan dolognak a birtokbavételét.

I. Idegen dolog birtokbavétele által a tulajdonjog a *perceptio* esetében keletkezik. Egyes dologi jogok, jelesül bizonyos szolgalmak megadják alanyuknak azt a képességet, hogy valamely dolgon eddig fennállott tulajdont megszüntesse és magának új tulajdont szerezzen. Az usufructuarius azon az almán, a mely az idegen telken levő fán nőtt, ha azt birtokba veszi, tulajdonjogot nemcsak szerez, hanem keletkeztet is. Mielőtt birtokba vette volna, az alma a telek tulajdonosáé volt, de nem mint külön dolog, hanem mint része (accessiója) a telken álló fának. Ha az almát most ő birtokba veszi, a telektulajdonos tulajdonjoga megszünik (helyesebben nem is volt tulajdonjoga, mert tulajdonjog csak dolgon lehet, dologrészen nem) és ő neki új joga keletkezik. Az ő szerzése tehát acquisitio originaria. Ugyanez az eset más szolgalmaknál is, pl. a homokszedési (servitus harenae fodiendae), kavicstörési, mészégetési (s. calcis coquendae), erdővágatási (s. silvae ceduae), vízmerítési (s. aquae haustus) szolgalmaknál. A szolgalmas a homokon, kavicson, mészen, fán, vizen tulajdont szerez az által, hogy birtokba veszi.

A perceptio szó rendesen a *fructuum perceptio* összetételben fordul elő. Ezzel kapcsolatban röviden ki kell fejtenünk a gyümölcs jogi fogalmát. Jogi értelemben gyümölcs több, mint a rendes nyelvben. A köznyelv csak az organikus, még pedig csak a növényvilág termékeit érti alatta, a tudományos téren már az állat kölykeit is gyümölcsnek nevezik (Leibesfrucht). Jogilag gyümölcse minden dolognak van, a mely a maga gazdasági rendeltetése szerint arra szokott használtatni, hogy belőle jövedelmet húzzanak. Az, a mit ebből a dologból állandóan húzunk, az annak a dolognak a gyümölcse. Ennek a nemzetgazdaság nyelvén a tőke hozadéka, jövedelme felel meg. Itt tehát a gyümölcs szó széles értelemben van használva, szélesebben, mint a mely értelemben a fructuum perceptio gyümölcsszerzés kifejezésnél használjuk. E tág értelemben vett gyümölcsnek ugyanis két faja van, beszélünk természetes gyümölcsről (*fructus naturalis*) és polgári gyümölcsről (*fructus civilis*). Természetes gyümölcs az, a melyet az illető dolog önmagából, természete folytán hoz, fructus civilis pedig az a haszon, a melyet emberi munka okoz. Ez a felosztás sem nagyon szerencsés. Az alma természetes gyümölcs, csakhogy ez az alma sem nő önmagától,

egész más alma volna az, ha magára hagynók. A bányászat terén még nehezebb megmondani, hogy a kőfejtésnél mi több: a természeti vagy az emberi munka? A gyümölcsszerzés tanában csak a természetes gyümölcsre való tulajdonjog megszerzéséről beszélünk. Az ilyen gyümölcsnél megkülönböztethetjük a különböző stadiumokat. *Fructus pendens* a gyümölcs, a míg része (accessiója) a fődolognak, pl. az alma a fán, a borjú az anyaméhben. Voltaképen ez még nem is gyümölcs, azzá csak az elválás pillanatában lesz. Ekkor már külön dolog, neve *fructus separatus*. A fáról leesett alma fructus separatus, ha most valaki (erre jogosult) birtokba veszi, apprehendálja, percipiálja, *fructus perceptussá* lesz. Ha az alma elfogyasztatik, azaz természete, rendeltetése szerint felhasználtatik, akár általában megszünik, akár pedig csak a birtokba vevőre nézve van elfogyasztva (pl. eladja), akkor *fructus consumptus*. Míg ellenben a gyümölcs birtokában van, *fructus extans*. A fructus extans lehet akár fructus separatus, akár perceptus. A gyümölcsszerzés tana már most a kérdéssel foglalkozik, hogy ki szerzi meg ezek fölött a gyümölcsök fölött a tulajdonjogot? Míg a gyümölcs a fán van, addig a fa tulajdonosáé, nem külön tulajdonjog áll fenn rajta, mert csak része a tulajdon tárgyának (a fának, helyesebben, sőt egyedül helyesen: a teleknek). Ha már most a gyümölcs separálódik, külön dologgá lesz, a tulajdonos csak folytatja a telken már fennállt tulajdonjogot, tehát nem szerez újat, ez tehát nem tulajdon keletkeztető tény. De vannak esetek, a mikor nem a tulajdonos, hanem mások szerzik meg a gyümölcs tulajdonjogát (a mi már originaer szerzés). Maga a gyümölcshajtó dolog, az nem A.-é, de a gyümölcs A.-é lesz. Ilyen személyek a következők: Én ingatlanomat valakinek bérbe adom, azaz egy locatio conductio reit kötök, melynél fogva ez a valaki jogosítva van a dolgomat használni és annak gyümölcsét is húzni (az egész haszonbérlet czélja épen a gyümölcsszerzés), neve *haszonbérlő* (conductor, colonus). A másik a gyümölcsszerzés tanában fontos személy az *usufructuarius* (a haszonélvező, s egyéb szolgalmasok). Ennek absolut joga van, a bérlőnek csak relativ, azaz míg a haszonbérlő a gyümölcsöket csak a fődolog tulajdonosától, a bérbeadótól, követelheti, addig a haszonélvezőnek mindenkivel szemben van joga. A harmadik személy az *emphyteuta*, a ki voltaképen szintén haszonélvező, de azzal a sajátsággal, hogy ezt a haszonélvezeti jogát elidegenítheti, átörökítheti, míg az igazi haszonélvezet a személyre szorítkozó, hozzátapadó jog (személyes szolgalom). A negyedik fontos személy a *jóhiszemű birtokos*. A ki az én ingatlanomat megveszi, de nem tőlem a tulajdonostól, hanem, nem tudva azt, hogy én vagyok a tulajdonos, X.-től, a kit tulajdonosnak hisz, és ez neki a dolgot át is adja. Ez a bona fide emptor nem lesz tulajdonosa a megvett és neki átadott dolognak (hisz autora sem tulajdonos), de a gyümölcsöket, a melyeket a dolog hajt, mégis ő szerzi

meg. Hogy ezek a személyek a dolog gyümölcsét mikor szerzik meg, ez a gyümölcsszerzés tana. A haszonélvező, mint láttuk a perceptióval, a birtokba vétellel, a mi originaer szerzésmód, mert új tulajdonjogot szerez rájuk. A fájától elvált alma még a tulajdonosé, de ha a haszonélvező birtokba veszi, egyoldalúlag apprehendálja, percipiálja, a mi mind ugyanazt jelenti, a tulajdonos elveszti a gyümölcs feletti tulajdon- és birtokjogát, az usufructuarius pedig originaer módon szerez egy új tulajdonjogot és birtokjogot. Míg tehát a fődolognak az usufructuarius csak detentora és iuris quasi possessora, addig a gyümölcsnek, ha azt percipiálta, possessora és tulajdonosa is lesz. Az említett többi személy (a colonust kivéve, a ki az usufructuariusnál is rosszabbul áll) már a separatio pillanatában, tehát nem jogügylettel, mint az usufructuarius, hanem ex lege, ipso facto, a gyümölcsnek a fától való elválása pillanatában szerzik meg reá a tulajdonjogot, ezért róluk a separatio fejezetében kell szólani.

Az idegen dolog egyoldalú birtokbavétele (perceptio) új tulajdonjogot szül, de csak egyes személyeknek, a kiket a jog ezzel a képességgel felruház, hogy t. i. egyoldalú ügyletükkel az eddigi tulajdonjogot megszüntessék és maguknak újat szerezzenek.

II. Uratlan dolog birtokbavétele (occupatio). Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. (Az occupatio szót a birtok tanában is használtuk, a hol egyoldalú birtokszerzést jelentett, akár volt a birtokba vett dolognak az előtt birtokosa vagy sem, tehát nem szükségkép res nullius birtokbavétele. A tulajdon tanában az occupatio már csak az uratlan dolognak birtokbavételét jelenti. Az occupatio szónak ezt a kétféle használatát nem szabad egymással összetévesztenünk, bár mind a kettő jogkeletkeztető tény. Csakhogy, míg az occupatio az egyoldalú birtokbavétel értelmében, tehát a birtoktani occupatio jogügylet, szándékolt joghatású jogi tény, addig az occupatio a tulajdontanban neutralis megengedett jogi cselekmény, nem jogügylet, az uratlan dolog birtokbavevője tulajdonosa lesz a dolognak, akár akarja ezt a birtokbavétellel, akár nem. Voltaképen a tulajdontani occupatio két elemből áll: a birtokszerzési és a tulajdonszerzési elemből. Az első elem (a mely azonos a birtoktani occupatióval megszorítva az uratlan dolgokra) jogügylet, már a második nem. Az occupálónak a birtokot meg kell akarnia szerezni, de mihelyt egyszer azt megszerezte ipso facto, ex lege tulajdont is szerzett. A tulajdontani occupatio tehát neutralis megengedett összetett tényállás, a melynek egyik eleme jogügylet.)

Uratlan dolog, res nullius kétfélét jelent. Vannak res nullius, a melyek nem is lehetnek magántulajdonban, így a res divini iuris (res sacrae, sanctae és religiosae), ezeknek mindig res nulliusoknak kell maradniok és occupatióval tehát tulajdon rájuk nem szerezhető. Más a res nullius és erről van itt szó, a mely ez időszerint

nincs magántulajdonban, de a melyre occupatióval tulajdonjog keletkezik. Az occupatiónak esetei:

1. Ingatlan res nullius: *a) Insula in mari nata* (de nem insula in flumine nata); ha a tenger közepén (a tenger res nullius extra commercium) sziget merül fel, a mi Gaius szerint raro accidit, ritkán esik meg, ez a sziget is res nullius lesz. Csakhogy míg a tenger extra commercium és patrimonium áll, addig a sziget occupálható, fix primi occupantis. *b) A tenger fenéke és partja*, a menynyiben én azt be tudom építeni, el tudom foglalni. Míg az én opusom rajta van, addig az enyém a telek, a part, de ha a tenger árja opusomat elsodorja, ismét res nulliussá lesz. *c) Ager desertus*. Ha valaki sokáig (két évig) nem művelte adóköteles gyümölcsöző földjét, elveszti tulajdonát, a melyet az első occupáló nyer meg, t. i. az, a ki a földet művelni kezdi, ha csak a volt tulajdonos meg nem téríti neki az összes művelési költségeket. Ez a későbbi római jog fejleménye (Theodorus Arcadius császár), ma már nem practicus.

2. Ingó res nullius: *a) A tenger terményei*, halak, gyöngyök stb. *b)* A természet és szabadságában élő *vadállat* (fera bestia). A vadság kérdésében nem az egyént, az egyes állatot kell nézni, hanem a fajt. Fera bestia minden állat, a mely a maga neme szerint vadállat, helyesebben negative: nem háziállat. Ha az egész genus nem háziállat, akkor minden egyes species a genusban vad állat még akkor is, ha ép ez az egy szelidítve, háziasítva volna is. A római jog szerint ilyen vad állat az egér is, továbbá a házi rovarok, a kanári madár, a galamb, a méh. A fera bestia res nullius és bárki által occupálható, mienk lesz a birtokbavétel által és megszünik a mienk lenni a birtokállapot elvesztése által. Nehéz azonban megállapitani, hogy mikor kerül a vad a birtokunkba? Ha pl. a vadállat meg van sebezve, úgy hogy már hozzáférhető, akkor kérdés, rögtön a mienk-e. Sokan abban a nézetben voltak, hogy igen és addig marad a mienk, a míg üldözzük. Iustinianus ezzel szemben azt a nézetet vallja, hogy a lelövés még nem elegendő, addig nem a mienk, a míg testét meg nem fogtuk, mert, úgymond, sok mindenféle eshetik közbe, a mi miatt, bár megsebezted, még sem vehetnéd birtokba. Az élő vad állaton birtokállapot kétféle lehet: vagy custodiat gyakorolok az állaton, kalitkába zárom, megőrzöm, vagy kifejlesztem az állatban az animus revertendi-t, azaz megszeliditem (animal ferum sed mansuetum), hogy megnyerje a consuetudo revertendit, hozzászokjék a házamhoz és oda akárhonnan visszatérjen. Elvesztem tehát a birtokállapotot és vele a tulajdonjogot is akkor, ha vagy a custodia vagy az animus revertendi megszünik. Hogy ez mikor szünik meg, az quaestio factio. Ha ellenben kutyám vagy más házi állatom veszti el az animus revertendijét, legfölebb birtokomat vesztem el rajta, de tulajdonjogomat nem. A vad állat tulajdonjogát megszerzem tehát a birtokba-

vétellel és nem tesz különbséget, hogy én a vad állatot a saját földemen vagy idegen földön fogom-e el, lövöm le. Az idegen telek tulajdonosa csak azt tilthatja meg, hogy a telkére lépjek, mert a telek az ő tulajdona, de ha a telkén a vad állatot lelőttem, elfogtam, az állat az én tulajdonom lesz. Ma a vadászat és halászat nincs mindenkinek megengedve, erre ma külön jog van, ú. n. halászati és vadászati jog (83 : XX., 88 : I.). A római jogban erre külön alanyi jog nincs. Ez az alanyi jog ma hasonlít a szolgalmakhoz, talán oda is volna sorozható, absolut jog, a mely szerint mindenkinek meg van tiltva azon a telken vadászni és halászni, csak a jogosultnak nem, de nem áll abban a lehetőségben, hogy mint az usufructuarius perceptio által a gyümölcs, úgy ő occupatio által a vad állat tulajdonát szerezze. Mert ha én A.-nak vadászati joga ellenére az ő vadászati területén vadászok, sértem ugyan az ő vadászati jogát, de a lelőtt nyúl hogy kié, az a mi jogunk szerint sincs szabályozva, helyesebben úgy van szabályozva, mint a római jogban. Mert az a vadorzótól lelőtt vad nem azé, a kinek vadászati joga van, csak akkor volna az övé, ha occupálta volna a saját vadászása által. A lelőtt vad ma is a vadorzóé, csakhogy tőle elvehető és még büntetést is fizet. Ez az orvvadászat épen azért büntetőjogilag is igen érdekes. Miféle delictumot követ el az orvvadász. Lopást nem, hiszen a vad állat nem volt senkinek sem tulajdonában, sem birtokában, sem birlalatában. De hát akkor mit? Binding szerint sikkasztást. Római jogi szempontból talán condictio furtiva volna az orvvadász ellen indítható (nem actio furti, mert azt csak a tulajdonos indíthatja). Wächter pandektáiban azt akarja kisütni, hogy a római jogban is volt vadászati jog. Ez helytelen. Vadászni bárhol szabad volt, csak idegen telekre nem volt szabad lépni. De már pl. az átjárási szolgalmas léphetett az idegen telekre és így még a telekre való lépés megakadályozásának sem volt helye, nem hogy a vadászásnak. c) Az ellenség dolgai (res hostiles). A római dolog, ha idegen területre jutott vagy idegen államból eredő dolog Rómába jutott, res nulliusnak tekintetett és factus est primi occupantis. Az idegenre nézve kétféle a római felfogás. Az idegen államok legnagyobb részével, ha a római állam nem is hódította meg őket, foedust, nemzetközi szerződést kötöttek. Ha ezeknek tárgya, dolga római területen van, míg a béke ezzel a néppel tart, e dolog nemzetközi védelem alatt áll. Római ius civile szerint az idegen ugyan nem tulajdonosa e dolognak, de azért ő respectáltatik. De ha e néppel kiüt a háború, polgárainak római területen lévő dolgai uratlanná válnak, maga az ember is mint rabszolga fit primi occupantis. A mi áll barátságos viszonyban lévő peregrinusra háború esetén, az áll mindig minden egyes peregrinusra, a kinek államával nincs baráti szerződés. Ezt a római jog a maga terhére és az ellenség javára is elismeri. Mégis azzal a megszorítással, hogy ha később az ilyen rab-

szolgává lett római visszatért hazájába, elismerték a ius postliminiit, azaz ennek az embernek a rabszolgasága pro nihilo vétetett, mintha sohasem lett volna rabszolga. Némely, az ellenségtől visszavett dologra is elismerték a ius postliminit, a hajóra, öszvérre, rabszolgára, szóval a munitióra. Ez ha viszakerült Rómába, ismét azé lett, a kié azelőtt volt. A res hostilistől megkülönböztetendő a res bellica, a hadi zsákmány, a hadi úton nyert dolog. Ez nem res nullius, hanem az államé, a mely azt venditio sub hastával eladta. *d*) *Res derelictae*, oly dolgok, a melyeknek birtokát tulajdonosuk animo relinquendi dominii elhagyta, tehát azzal a szándékkal, hogy többé ne legyen rá tulajdonjoga. Ha üldözés közben dobom el a dolgot, vagy maris levandae causa (lex Rhodia) vihar közben, akkor csak a birtokállapotot és birtokjogot szüntetem meg, de a tulajdont nem, az ily dolog tehát nem occupálható. Ha animusom, szándékom van a derelinquálásra, a tulajdonjog elvesztésére, de a birtokállapotot megtartom, ez protestatio facto contraria, nem érvényes. Ma res derelicta igen kevés van: eldobott szivar stb. Nem res derelicta s így nem is occupálható az elveszett dolog.

79. §. Tulajdonkeletkeztető tények: 2. Kincstalálás.

Kincs, thesaurus olyan *értékes ingó* dolog (tehát mosaiktábla nem, mert az pars fundi), mely *emberemlékezetet* meghaladó idő óta rejlik valahol, úgy hogy *ez okból tulajdonosa* többé *ki nem tudható.* Ha egy modern butorban vagy egy hotelmatráczban találok valamit, az nem kincs, mert ki van zárva, hogy ott emberemlékezetet meghaladó idő óta ott legyen. Hibás a Paulus definitiója. Thesaurus est vetus quaedam depositio (ez helytelen, nemcsak eltett, de elvesztett dolog is lehet) pecuniae (helytelen, lehet más ingó is), cuius iam non exstat memoria, ut iam dominum non habeat. A kincs tulajdonát már a találással, az észrevevéssel, a megpillantással szerezzük meg. Birtokbavétel nem kell, tehát akár három éves gyermek is megszerezheti a kincset. A thesauri inventio tehát nem tartozik az occupatio fejezete alá, bár res nullius tulajdonszerzéséről van szó. A kincstalálásra nézve a római jogban a következő szabályok állanak: fele a kincstalálóé, másik fele a telek vagy ingó (melyben találtatott) tulajdonosáé. Ha a kutatás tilos, akkor az egész a telektulajdonosé. Ha a fiscus telkén van a kincs, akkor, ha feljelentem, fele az enyém, fele a fiscusé, ha nem jelentem fel, az egész a fiscusé és még az értékét is meg kell fizetnem. Uratlan dologban talált kincs egészen a találóé, de meg nem engedett eszközökkel, bűbájos szertartással keresett kincs egészen a fiscusé. Hogy ha az a dolog, a melyben a dolgot találtam, res divini iuris, erre nézve a római törvényhozás ingadozik. Volt egy idő, mikor azt mondták, hogy az egész kincs az inventoré, később úgy tartották, hogy fele a fiscusé. A corpus iurisban mindkét nézetre találunk, az egyiket

az institutiók, a másikat a pandekták képviselik. Vitás és érdekes kérdés, hogy a fiscus, a telek tulajdonosa ipso facto szerzi-e meg a kincs felére a tulajdonjogot, tehát originaer úton vagy csak követelést nyer a kincstaláló ellen, hogy az rá a kincs felének a tulajdonát átruházza, tehát obligatiót nyer ad dandum, illetve az obligatio teljesitésével a traditio által derivativ tulajdont. Az uralkodó felfogás az előbbit tartja.

A kincs egyik érdekes példája annak, hogy a tulajdonjogot nem lehet in idea a végconsequentiáig vinni, practicus gazdasági okokból megszakitjuk azt. Példái ennek még az accessio, a specificatio is. Ott, a hol logikailag több tulajdonosnak kellene lennie, a mi igen impracticus, helytelen volna, ott a kisebb érdeket alárendeljük a nagyobbnak. A tulajdont annak adja a jogrend, az állam, a ki mellett nagyobb érdek szól. A tulajdon csak addig terjed, a míg azt a gyakorlati érdek megengedi. Így a kincsnél is. Ha egy kincs 500 év óta el van ásva, logice az örökösöknek mai napig tulajdonjoguk volna a dologra. De az örökösök megállapítása absurd következményeket vonna maga után. Ezért az állam, az ú. n. jogrend új tulajdont ismer el. A kincstaláló a nemzeti vagyont szaporitotta, ezért jutalmazzuk meg, ezért kapja a kincs tulajdonát.

A talált dolog nem kincs, tehát nem szereztetik rá tulajdon, sőt római jog szerint a találó találói díjat sem kap, sőt ha tudva, hogy a dolog talált jószág, megtartotta, lopást követett el.

80. §. Tulajdonkeletkeztető tények. 3. Elkülönítés (separatio).

Ha valamely tulajdonomban levő dolog részekre bomlik, akkor tulajdonjogom nem változik, marad az egész tulajdonjogom, csak mintegy részekre szakad, folytatódik minden egyes részen. Nem keletkezik annyi új tulajdonjog, a hány új darab van. Ez tehát nem jogkeletkeztető, hanem tulajdonjog változtató tény. Ilyen az eset akkor is, ha a tulajdonos dolgának gyümölcse lesz. Míg a gyümölcs a fán van, addig tulajdonjogom kiterjed a telekre, a rajta levő fákra és a gyümölcsre. Fructus pendentes pars fundi videntur. Tulajdonjogom van a rabszolga fölött, a benne lévő magzaton is. Ha az alma, a magzat különválik, akkor nem új tulajdonjogot szerzek, hanem csak folytatom a fennállott tulajdont az almán, a rabszolganőn fennállottat gyermekén. Ez esetekben a különválás, a separatio nem tulajdonkeletkeztető tény.

De vannak jogkeletkeztető separatiók is. Ilyenek:

1. A testem nem tulajdonom, de ha egyes részei a testtől különválnak, akkor azokon tulajdonjogom keletkezik. A haj, míg rajtam van, nem tulajdonom, mert nem dolog, csak ha levágom. Ha más valaki vágja le, az nem lop, mert nem vesz el semmit sem tulajdonomból, sem birtokomból. Binding formalismusa szerint

ez sikkasztás volna. A kihúzott fog, az amputált kar nem az orvosé, hanem az enyém.

2. *Fructuum separatio.* Az emphyteuta és a bonae fidei possessor javára új tulajdonjog keletkezik, mihelyt a gyümölcs a fától, a fődologtól különválik. Míg a fán van, nekik csak bonae fidei possessiójuk van, a tulajdon a fa, illetve a telek tulajdonosáé, mihelyt a gyümölcs a fődologtól (helyesebben a dologtól, mert a gyümölcs nem mellékdolog, hanem dologrész, accessio) elválik, megszünik rája a telektulajdonos tulajdonjoga és keletkezik egy új az emphyteuta, a bonae fidei possessor részén. A gyümölcsszerzés tekintetében legerősebb joga van az emphyteutának. Ha a gyümölcshozó dolog fölött A.-nak van tulajdonjoga, B.-nek emphyteusise, C.-nek jóhiszemű birtoka, D.-nek usufructusa, akkor, míg a gyümölcs a fán van, az a telek tulajdonosáé, ha leesik a gyümölcs, per separationem elveszti rá tulajdonjogát a tulajdonos és megszerzi az emphyteuta, csak ha ilyen nincs, szerzi meg a jóhiszemű birtokos, ha ilyen sincs, folytatja a tulajdonos a tulajdonát.

Ha a tulajdonos folytatja a fructus separatuson a maga tulajdonjogát, akkor per perceptionem usufructuarii elveszti a tulajdonos a maga tulajdonjogát és megszerzi perceptióval a haszonélvező. Arról különben, hogy haszonélvező és emphyteuta concurráljon, nem lehet szó, a kettő egymást kizárja. Leggyöngébb joga a gyümölcsre van annak, a ki csak kötelmi jog alapján van jogosítva arra, hogy valamely dolog gyümölcsét birtokba és tulajdonba vegye. Ilyen a haszonbérlő. Iustinianus institutióiban ugyan úgy adja elő a dolgot, hogy a colonus, a haszonbélő a haszonélvezőhöz, az usufructuariushoz hasonlóan perceptióval, egyoldalú birtokbavétellel szerzi meg a gyümölcsöt, de ez nem áll. A haszonélvező egyáltalában nem szerzi meg eredeti módon a maga tulajdonát, ő csak követelheti a bérbeadótól, hogy ez neki a gyümölcsöket átadja, traditiót követelhet. Ő tehát per traditionem, tehát derivative szerez tulajdont. Ennek az átadásnak persze nem kell kézről kézre adásnak lennie, elég, ha a gyümölcsök régi tulajdonosa, t. i. a bérbeadó az apprehensióba beleegyezik. Ha a haszonbérbeadó egyszer megtagadná az átadást, ezzel megsértené ugyan a haszonbérletet, a mi nem ide, hanem a kötelmi jogba tartozik, de azért a haszonbérlő mégsem szerzi meg a tulajdonjogot. Vegyünk egy esetet így: A haszonbérbe adta az ingatlant B.-nek. Ugyanezt az ingatlant jóhiszemben megvette Y.-tól X. Concurrálnak a gyümölcsre hárman: a tulajdonos, a haszonbérlő és a bonae fidei possessor. Míg az alma a fán van, az a telektulajdonosáé, mihelyt az alma separálódik, a bonae fidei possessoré. Most jön a haszonbérlő és tulajdonba akarja venni. Már nem lehet, mert per separationem már megszerezte a bonae fidei possessor.

A bonae fidei possessorról különösen meg kell jegyezni, hogy szükséges, hogy a separatio pillanatában jóhiszemű legyen, ne tudja,

hogy auctora nem volt tulajdonos. Szóval magát tulajdonosnak kell hinnie. Ha ő pl. megtudja, hogy nem tulajdonos, mert nem a tulajdonos adta át neki a dolgot, akkor a gyümölcshozó tehenet elbirtokolja ugyan, mert az elbirtoklás tekintetében mala fides superveniens non nocet, de a borjú, melyet a tehén ellik, nem lesz rögtön a separatióval az övé, hanem csak, ha a tehenet három év mulva elbirtokolta. Az elbirtoklás tekintetében azt kivánjuk, hogy a szerzés pillanatában legyen meg a jóhiszeműség, a gyümölcsszerzés tekintetében pedig azt, hogy a separatio pillanatában legyen meg, mert különben nem per separationem szerzi meg rá a tulajdonjogot, hanem per usucapionem a tehénnel együtt. Ha tehát a tulajdonos a tehenet még elbirtoklása előtt kéri vissza, a borjút is megkapja, ha később, egyiket sem. Ha azonban a separatio pillanatában bona fide vagyok, a borjú tulajdonát rögtön megszerzem, tekintet nélkül arra, hogy a tehenet elbirtoklom-e valaha, vagy sem. Ez az egyik. A másik meg, a mit a jóhiszemű birtokosról tudni kell, az, hogy ha a jóhiszeműleg birtokolt tehenet tulajdonosa kivindicálja, akkor bár a jóhiszemű birtokos a gyümölcsön már a separatio által (némelyek szerint csak perceptióval) tulajdonjogot szerzett, mégis terheli őt egy ex lege obligatio ad restituendum, a még meglevő gyümölcsök tekintetében, köteles a fructus exstantest a tulajdonosnak traditióval visszaadni. Már az elfogyasztott gyümölcsöket (a megevett vagy eladott borjút, tejet stb.) nem köteles tradálni. Windscheid szerint, ha a gyümölcsöt eladta, akkor a tulajdonos a vételárat is vindicálhatja. Jhering azonban helyesen veti ellene, hogy már a vételárat nem kell kiadni, mert ha egyszer nincs meg a dolog, nem támasztható ellene rei vindicatio, hiszen nem birtokos. Már a rosszhiszemű birtokos nemcsak a fructus exstantes, hanem a consumptos is köteles kiadni, ez utóbbiak helyett persze értéküket, vagy eladási árukat. A Dig. 41. k. 3. czim, 4. töredék 19. §. alapján Savigny és Windscheid azt állitják, hogy a bonae fidei possessor csak a consumptio esetén szerzi meg a tulajdont a gyümölcsön, hiszen a nem consumált gyümölcsöket vissza kell adnia a tulajdonosnak. Csakhogy ezzel a forráshelylyel szemben egy csomó más áll, a mely azt bizonyítja, hogy a bonae fide emptor (possessor) per separationem szerzi meg a gyümölcsöt csak megterhelve exstans létére egy obligatio ad restituendummal. Azután meg miféle tulajdonjog volna az, a mely akkor keletkezik, a mikor a dolog a consumptio folytán már meg is szünt. Jhering különben azt a fentidézett helyet, hogy a jóhiszemü birtokos a gyümölcsöket akkor szerzi meg, si consumpti sint, úgy olvassa si summissi sint. Ez összefügg a summissio kérdésével. Ha valamely nyájban egy állat megellik, az csak akkor lesz gyümölcs, ha az egész nyáj teljes, juh el nem veszett, meg nem döglött s így a kölyökállat többlet, csak annyi lesz a gyümölcs, a mennyi a pótlás (summissio) után fenmaradt. A fructus tehát nem mindjárt fructus, nem

absolut, hanem relativ fogalom. A zsebemben lévő forint, lehet kamatja a takarékpénztárban levő pénzemnek, tehát gyümölcs, de lehet tőke is, ha másnak odakölcsönzöm. A fructus fogalmára még annyit kell megjegyeznünk, hogy a források szerint a rabszolganőnek gyermeke nem gyümölcs. Ennek oka részint az, hogy a gyermek csak anyja mellett nőhet fel, attól tehát külön nem választandó, részint az, hogy a rómaiak a rabszolgákat nem használták tenyésztésre, mint a mai művelt század négerkereskedői. Ők bérbe adták ugyan a rabszolgát, de csak a fructus civilis szempontjából, a rabszolgamunkát, de nem a fructus naturalis kedvéért.

81. §. Tulajdonjogkeletkeztető tények: 4. Specificatio (feldolgozás).

A dolognak physikai változása nincs befolyással a tulajdonjogra (csikóból ló lesz), még ha emberi behatás folytán is történt a változás, pl. valaki a házamat megfesti, a húsomat megsüti. De mikor emberi munka a dolgot úgy változtatja meg, hogy az gyakorlatilag más dolog, új dolog, ez befolyással van a tulajdonjogra. Mekkora elváltozás kell, hogy azt mondhassuk, hogy ez új dolog, ez quaestio facti. Ha egy dologból tehát emberi munka folytán új dolog keletkezik, a régi tulajdonjog természetesen megszűnik, és felmerül a kérdés, hogy kié ez az új dolog, kinek számára keletkezett erre az új dologra az új dologjog. E tekintetben vita volt. A sabinianusok az accessio, a proculeianusok az occupatio álláspontján álltak. A sabinianusok szerint a régi dologhoz járul új munka, minthogy pedig accessio sequitur suum principale tehát az új dolog a régi dolog tulajdonosáé. Quod ex meo corpore fit, meum est. A proculeianusok szerint az új dolog res nullius et fit primi occupantis. A sabinianusok álláspontja primitiv gazdasági alapú, a hol t. i. az anyag tulajdonosa egyszersmind a munkás is, azután a munka is primitiv, úgy, hogy az anyaggal szemben nem is jön számba. Az ipar fejlődésével más lesz a helyzet. A munka értéke, becse nagyobbá lesz, a munkás is más lesz, nem az anyag tulajdonosa. Ezért a proculeianusok azt mondják, hogy nem az anyag a fő, hanem a munka, a munkás lesz tehát az új dolog tulajdonosa. Különben a két iskola nézeteltérését nem szabad a mai tőkés és munkás közti harcznak felfogni, mert a rómaiaknál a munka nem volt külön termelési tényező. A munka náluk csak rabszolgatőke volt. Náluk tehát két tőke állott egymással szemben: munkatőke és anyagtőke. A proculeianusok különben nem a munka megbecsülése miatt döntöttek a munkás mellett. Ők helyes döntésüket helytelenül okolják meg. Azt mondják, hogy az új dolog res nullius, a ki először occupálja, azé lesz. Ez az első occupáló pedig rendesen az új dolog készítője. Ha azonban én bevárom a pillanatot, a mikor a dolog készen lesz és előbb teszem rá a kezemet, mint a készítő, én lévén az occupáló,

a dolog az enyém lenne a proculeianusok szerint. Ez pedig absurd álláspont.

Iustinianus, mint egyebütt is, itt is közvetitett, a két szélső álláspontot összeegyezteti, de az ő döntése a legtarthatatlanabb. Szerinte a tulajdonjog kérdésében az a döntő, vajjon a dolog in pristinam formam reverti possit? Ha igen, akkor az anyag tulajdonosáé lesz az új dolog, ha nem, akkor a munkásé. Ez tarthatatlan, mert ha értéktelen anyagból csinálok remek szobrot, az az anyag tulajdonosáé, ha pedig márványból kontár művet, akkor az enyém, a szobrászé. A suszter, a szabó ipari munkáját védi, de már az ezüstöntőét, az ötvösét nem. Nincs tehát eldöntve az az elvi kérdés, vajjon az anyag, a tőke, vagy a munkás védetik-e.

A digesták Iustinianus döntése alapján állanak, de két módositással. Ha t. i. az anyag csak részben volt idegen, részben pedig a munkásé, akkor az új dolog a munkásé, még ha vissza is vihető az eredeti anyagra. A másik módositás pedig az, hogy a munkás csak akkor nyeri meg az új dolog tulajdonjogát, ha jó hiszemben specificált. Ha a munkás részben idegen, részben a maga anyagát dolgozta fel, de rosszhiszeműleg, akkor condominium jön létre, kétség esetében egyenlő része.

Ha a jogrend nem állitana fel szabályt a specificatióra, akkor kényszerhelyzetben volnánk: condominiumot kellene megállapitani a különböző anyagtulajdonosok közt. Pl. A. rongyából csinál B. a maga anyagának hozzáadásával papirt, ebből az állam a maga anyagának hozzáadásával (nyomdafesték stb.) csináltat papirpénzt. Ha szabály nem volna, logikailag ez a papirpénz A., B. és az állam közös tulajdona volna. A jogrend elvi döntését tehát a forgalom biztonsága megkivánja. A specificatio is tehát egyik esete annak, ép úgy mint a kincstalálás, az elbirtoklás, hogy a tulajdon in infinitum keresztül nem vihető. A hol logikailag több tulajdonos volna, ott a kisebb érdeket alá kell rendelni a nagyobbnak. A tulajdon csak addig terjed, míg ezt a gyakorlati érdek megengedi. A tulajdont annak adjuk, a ki mellett nagyobb érdek szól, de kötelmi úton kötelezzük őt arra (t. i. a specificatio esetén, de ott se mindig), hogy az ez által jogában sértettnek kielégitést, kártéritést adjon, a minek elérésére a károsult condictio sine causát kap.

A specificatio tényállása a következő elemekből áll:

1. Új dolognak kell előállittatnia. A digesták példája: olivából olaj, szőlőből bor, gyapjúból szövet stb. állittatik elő, borból és mézből bormézet, gyöngyökből ékszert készitenek. Modern példák: rongyból papir, lisztből kenyér, papirból váltó, vászonból kép készül. Nem specificatio a dolognak pusztán részekre való bontása, a gabona kicséplése (a dig. erre nézve eltérnek az institutióktól, mértékadó a digesták). A mészárlás sem specificatio a digesták szerint, a mi azonban nem olyan kétségtelen. Nem sp. a dolognak szebbé, hasznosabbá tétele, pl. a pad megfestése stb. Hoffmann Pál egy a spe-

cificatióról irt értekezésében megkisérlett elvet felállitani arra nézve, hogy mikor lesz újjá a dolog, de ez lehetetlen.

2. *Ingó* dolog dolgoztatott légyen fel. Az erdő felszántása nem specificatio, telken való házépités sem az, bár a közélet felfogása szerint az nem házas telek, hanem ház, új dolog.

3. Feldolgozás, *emberi munka* kell. Természeti erők által létrejött változás nem specificatio. De hogy hol kezdődik az emberi munka, helyesebben, minthogy minden emberi munkánál a természet is közreműködik, hogy mikor van az emberi munka túlsúlyban, az quaestio facti. Nem specificatio a tojás mesterséges kiköltése, nem feldolgozás a puszta rombolás, nem az egy ezüstbillikom beolvasztása sem, de a beolvasztott ezüstből ugyanazon billikom készitése már az. Megjegyzendő különben, hogy specificálni képviselő által is lehet, a szabó segédje által specificálja a posztót ruhává.

4. *Jó hiszem* kell, abban a hitben kell feldolgoznom a dolgot, hogy az az enyém, hogy a magamét dolgozom fel. Vannak, a kik ezt tagadják. A források tényleg nem is emlitik kifejezetten, hanem csak közvetve. (Fr. 12. §. 3. Dig. 10, 4; Fr. 4. §. 20. Dig. 41, 3; Fr. 52. §. 4. Dig. 47, 2.) De lege ferenda helyes álláspont.

Ha már most így idegen dologból jóhiszeműen új dolgot készitettem, specificáltam és ezzel az új dolog tulajdonát megszereztem, eldöntendő a kérdés, hogy az anyag tulajdonosa felléphet-e ellenem kártéritésért. Itt meg kell különböztetnünk. Ha az anyagot tulajdonszerzésre alkalmas módon szereztem, de a tulajdonjogot nem a magam, hanem auctorom hibájából nem nyertem meg (ő sem volt tulajdonos), azaz mikor nekem titulusom van, cum titulo dolgoztam fel az anyagot, akkor az anyag tulajdonosa tőlem semmit sem követelhet, ép úgy, mint a hogy elbirtoklás esetén sem követelhet. Ha azonban sine titulo specificáltam, vagy titulo putativo (én azt hiszem, hogy tulajdonszerzésre alkalmas szerzésmódon kaptam az anyagot, holott az nem volt alkalmas a tulajdonszerzésre), ilyenkor az anyag tulajdonosa a specificáló ellen condictio sine causával élhet. A rosszhiszemű feldolgozó nem szerzi meg az új dolog tulajdonjogát, az az anyag tulajdonosáé lesz, a ki a feldolgozó ellen rei vindicatiót (még ha ez tovább is adta a dolgot, de ő fictus possessor), actio furtit, condictio furtivát indithat.

82. §. Tulajdonjogkeletkeztető tények: 5. Elbirtoklás.

A tulajdonjog, valamint a többi iura in re, kivéve a zálogjogot, elbirtokolhatók. Már elévülés nincs meg a tulajdonjognál. Puszta non usus által a tulajdonjog nem vész el (kivétel csak a már említett ager desertus). De igenis elvész az által, hogy más valaki az én dolgomat huzamos időn keresztül kizárólagos használat által elbirtokolja. (*El*birtokolja a dolgomat, ad figuram *el*szereti a szeretőmet.) Még a tárgyi jog terén is abususból lesz usus, jog (a

szokás törvényrontó ereje). Igy az alanyi jog terén is. Ha valaki az én jogomat huzamosabb időn keresztül gyakorolja (helyesebben: az én jogomnak megfelelő gyakorlást folytat az én dolgomon, röviden: birtokolja), akkor a világ végre is ő neki adja a jogot is. Igy meghajlik a jog a tények előtt más esetekben is, pl. a kincsnél, a specificatiónál. Ez az elbirtoklás jogintézményének egyik oka. A másik az, hogy az elbirtoklás magának a jogosultnak is hasznára van. Bizonyos idő multán neki sem kell más jogszerzésre hivatkozni, a mi nehézkes, hanem csak az elbirtoklásra. A tulajdonosnak ugyanis a maga jogának bizonyítása czéljából nemcsak a maga tulajdonjogára kell hivatkoznia, hanem elődjéére is, mert ha az nem volt tulajdonos, ő sem az, és így végig kell bizonyitania visszafelé a tulajdont, a míg egy originaer szerzésre nem akad, pl. a tizedik elődje occupálta a dolgot. Ez a bizonyítás szemmel láthatólag igen nehéz (probatio diabolica) és azért a jog segít rajta. Az elbirtoklás eredeti jogszerzés lévén, ő is erre fog hivatkozni mint tulajdonjoga alapjára, ha t. i. egyéb tekintetben az elbirtoklás feltételeinek megfelelt, kellő ideig birtokolta a dolgot, sőt a praetor már előbb is fictióval felruházta őt az elbirtoklás joghatásával (actio Publiciana, erről később). Ily módon ez az intézmény, a mely alapjában a tulajdonos ellen irányul, erős támpontjává lesz neki, a mennyiben nemcsak új tulajdont keletkeztet, hanem subsidiaer jogczimet ad. Ily értelemben mondják a források (l. 3. Dig. 41. 3.) usucapio est adiectio dominii, a dominium csak hozzájárul az eddigi joghoz. A birtokállapot biztonsága és a tulajdonosnak nyujtandó subsidiaer (minden más mögött rejlő) jogczím: ez a kettő az elbirtoklás legislativ politikai értéke.

Az elbirtoklás története. A római jogi elbirtoklás történetében 3, sőt 4 stadiumot kell megkülönböztetni.

Már a XII táblás törvény ismerte az elbirtoklást. *Usus auctoritas* fundi biennium esto, ceterarum rerum annus esto. (Usus jelenti a possessiót, a birtoklást, auctoritas az evictiót, szavatosságot, a mivel az eladó a vevőnek, a possessornak tartozott, hogy a dolgot tőle senki sem fogja elperelni. Az ususauctoritas kifejezés már most azt jelenti, hogy minthogy a vevő a dolgot elbirtokolta, tulajdont szerzett rá, tehát már maga védheti magát esetleges támadásokkal szemben, az eladó nem tartozik többé szavatossággal, auctoritással. Innen van, hogy az elbirtoklás és szavatosság ideje egyenlő.) A XII táblás törvény szerint tehát ingó egy, ingatlan két év alatt volt elbirtokolható. Ez az *usucapio.* De ez a szabály csak a régi római tulajdonra vonatkozott, a mely tárgyilag a res mancipire, fundus Italicusra, sőt előbb csak Latinusra volt korlátolva, alanyilag római polgárra.

A pún háború után, hogy a provinciában künn levő rómaiak is megvédessenek, nem ugyan az ottani telek s egyéb dolgok tulajdonában (mert a fundus provincialison quiritar tulajdona csak a

római államnak lehetett), hanem birtokában és haszonélvezetében, quasi tulajdonában, a praetor nekik az ellenök inditott kereset ellen *praescriptio longi temporist* adott. Ez az illető possessor- és usufructuariust 10 évi használat után illette meg. Ha azonban az illetők, t. i. a tulajdonos és a használó nem egy provinciában laktak, absentes (hogy a telek hol fekszik, közömbös), akkor a távol töltött idő duplán számítódott, úgy hogy legrosszabb esetben a praescriptio 20 év után volt csak emelhető. Ez a praescriptio longi temporis nem szüntette meg a régi tulajdont és a használó nem nyert új tulajdonjogot, hatása csak az, hogy a régi tulajdonos keresete elévült. A császárok ebből *possessio longi temporist* csináltak, azaz a használó ez idő letelte után nemcsak excipiendo védhette magát, hanem maga is nyert keresetet, tulajdonos lett. Ez tehát már nem igen elévülés, hanem elbirtoklás volt.

II. Theodosius behozta az általános keresetelévülést a *praescriptio longissimi temporist*, a melyet még a rosszhiszemű birtokos is (az usucapio, praescriptio és possessio longi temporis esetében a rosszhiszeműség akadály volt) emelhetett 30 év eltelte után a tulajdonos keresetével szemben. Ez persze csak igényelévülés volt, de nem elbirtoklás.

Justinianus idején a civis Romanus és peregrinus közt a különbség már megszünt (Caracalla a III. század elején szüntette meg), de az usucapio, az elbirtoklás tekintetében még mindig megvolt a sokféle intézmény. Ezeket Justinianus egyesitette és csinált belőlük egy rendes és egy rendkivüli elbirtoklást.

Rendes elbirtoklás. Ebben Justinianus az usucapiót és a longi temporis possessiót egyesitette és csak az időben tett változást. Ingatlanok tekintetében 10, illetve 20 évi elbirtoklást hozott be, vagyis megtartotta a longi temporis possessio elbirtoklási idejét tekintet nélkül arra, hogy a telek hol fekszik, az ingók tekintetében pedig az usucapionalis két idő összegét 2 + 1 évet = 3 évet hozta be. Ezentúl tehát az ingatlan, akár italiai, akár provincialis, inter praesentes 10, inter absentes legfölebb 20 év alatt, ingó pedig szintén tekintet nélkül a helyre 3 év alatt volt elbirtokolható. Az italiai telek elbirtoklási idejét meghosszabbitotta 2 évről 10—20 évre, provincialis telekét meghagyta, italiai ingóét meghosszabbitotta 1 évről 3-ra, provincialis ingóit megröviditette 10—20-ról 3 évre. Megtartotta a rendes elbirtoklás elemeiül a bona fidest, iustus titulust és res habilist. A név tekintetében azonban nem határozott, megtartotta mindkét nevet, úgy hogy a corpus iurisban usucapio és longis temporis possessio ugyanazt jelenti. A középkor óta ezt usucapio vagy praescriptio ordinariának hivják.

Ennek az elbirtoklásnak elemei kétfélék : kellékek és akadályok.

A) Kellékei: 1. Kellő időn át folytatott birtok. Rendesen külön veszik a birtokot (possessio) és az időfolyást (lapsus temporis). Ez azonban nem két külön dolog, a kettő nem kettő, hanem

egy. A birtoknak jogi birtoknak kell lennie, puszta detentio nem vezet elbirtokláshoz. Ily jogi birtokot, mint láttuk, bizonyos causa által nyerünk és vagy magunk, vagy detentorunk által gyakorolhatjuk. Elbirtokoljuk tehát a dolgot, bár bérbe adtuk. Vannak esetek, hogy elbirtokoljuk a dolgot a nélkül, hogy az egész időn keresztül birtam volna a dolgot. Ezek az *accessio temporis* vagy *possessionis* esetei. A jog fictióval úgy tekint engem, mintha a dolgot birtam volna, holott tényleg nem birtam az egész időn keresztül, hanem más valaki. Ez a más valaki lehet:

a) *Auctoraim*: ha derivativ szerzéssel kaptam a dolgot, auctoraim elbirtoklási ideje hozzászámíttatik ahhoz az időhöz, a meddig én birtam a dolgot. Ezek közt az auctorok közt én is lehettem. Pl. a dolgot én eladtam A.-nak, A. eladta B.-nek, B. nekem. Ha mindnyájan bonae fidei possessorok és iusto titulo voltunk, összes birtoklási időnk számit. Nem elég tehát, hogy az első szerezte bona fide és iusto titulo a dolgot, hanem szükséges, hogy mindegyikünk szerzése bona fide és iusto titulo történt légyen s így, ha csak az egyik is rosszhiszemű, utána új elbirtoklás következik. Épen ez a különbség a között, ha singularis successio útján jutottam a dolog birtokába, és a között, ha universalis successio útján kaptam meg a dolgot, melyet auctorom bona fide és iusto titulo birt. Ez utóbbi esetben nem szükséges, hogy én is bona fide és iusto titulo birjam a dolgot, vagyis nálam nem valósul meg külön condicio usucapiendi, hanem successio in usucapionem forog fenn, holott a singularis successio esetén, nem successio in usucapionem, hanem usucapionis van csak. Az örökhagyó halálával tehát a hereditas iacens stadiumában is folytatódik a condicio usucapiendi. A kánonjogi és a mai praxis az ellenkező álláspontot fogadta el. Miután a kánonjog szerint mala fides superveniens nocet, az universalis successor részén is megkivántatik a bona fides.

b) *Utódaim*, *successoraim* birtoka is gyakran hozzászámittatik az én birtokomhoz. Így: *α*) én el- és átadom a dolgot X.-nek, az ügyletet azonban később stornirozzuk és én visszakapom a dolgomat. Ez esetben az át- és visszaadás közti idő is hozzászámittatik az usucapio idejéhez. *β*) Én a dolgomat X.-nek zálogba, emphyteusisba, precariumba, sőt az uralkodó tan szerint, ha superficiesbe adom, akkor valójában X. a possessor (Savigny szerint possessor derivativus, rendes neve: possessor ad interdicta), én pedig csak névleg vagyok possessor (possessor directus vagy ad usucapionem). Ha valaki a dolgot tőle elveszi, én az ellen fel nem léphetek, csak ő, tehát ő birtokos és nem én. Mégis, ha én a zálogba adott dolognak csak birtokosa voltam (t. i. a zálogbaadás előtt), az az idő, a mely alatt a dolog nála van, az én birtoklási időmhöz hozzászámittatik. Tehát utódom possessiója accedál az én possessiómhoz. Ettől különbözik, ha a dolgot a bérlőnek adom, mert ott én vagyok a possessor, a bérlő csak detentor.

2. Megkivántatik másodszor *iustus titulus*. Kell, hogy a dolgot oly ténynyel kaptam legyen, a mely tulajdonszerzési tény, azaz javamra szóló tulajdonkeletkeztető vagy változtató tény. Ha ez a tény teljesen rendben folyt le, ha hibátlan, akkor a tulajdont már e tény alapján megszerzem, de még ez esetben is megszerzem elbirtoklás által is. Kizárólag elbirtoklás alapján szerzem meg a tulajdonjogot, ha ez a tény hibás. A legszokásosabb hiba, mikor az auctor maga nem tulajdonos. Ez esetben, ha az ügylet teljesen rendben ment is, én a nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet elvénél fogva a ténynyel nem kapom meg a tulajdont. De lehet az a hiba is, hogy ő tulajdonos, de nincs jogositva a tulajdonjog elidegenítésére (ha furiosus stb.), az actus külsőleg rendben van, de belső hibában szenved. Az institutiók szempontjából a szerzés még egy harmadik hibában is szenvedhetett: ha t. i. egy res mancipit nem mancipatióval vagy in iure cessióval, hanem csak traditióval adtak át. Ez esetben a szerző csak bonitar tulajdont nyert és csak az elbirtoklás leteltével nyerte meg a civiljogi, a quiritar tulajdont (tehát a ius Quiritiumot birtokolja el). Már most kérdés, hogy melyek azok a tények, a melyek az elbirtoklás iustus titulusai. A legfontosabb a traditio. De minthogy magának a traditiónak ismét vannak titulusai, causái, a traditio csak bizonyos causából történő modus acquirendi, a források a traditio helyett a mögötte álló causáról beszélnek. Tehát a helyett, hogy a pro traditióról szólnának, szólnak pro emptore (Dig. XLI. 4.), pro legato (Dig. XLI. 8), pro dote (Dig. XLI. 9.), pro donato (Dig. XLI. 6.) Szólanak a források külön pro soluto is, de ez logikailag helytelen. Mert, míg az eddigi titulusok pl. pro emptore az átvevő szempontjából vannak elnevezve, addig pro soluto az átadó szempontjából indul ki. Azután a pro solutoban benne van a pro emptore stb. is mind, hiszen a solutio az nem valami külön a traditiót megelőző tény, hanem a traditio, quoad kötelemszüntető tény, solutio. A traditio nem modusa a solutiónak mint titulusnak, hanem csak egyik formája. Ha tehát az adós solutio czéljából, hogy t. i. kötelmét teljesítse, traditiót visz véghez, akkor itt nem két jogügylet van, t. i. solutio és traditio, hanem csak egy, a melyet abból a szempontból, hogy kötelemszüntető tény, solutiónak, abból a másik szempontból pedig, hogy t. i. tulajdonváltoztató tény, traditiónak nevezünk). Szólnak még a források pro derelictóról (Dig. XLI. 17.) is, ez is helytelen, mert én a dolgot nem pro derelicto, hanem pro occupato birom. (Ez fölöslegesnek látszik első pillantásra, hisz ha pro occupato birtoklom a dolgot, akkor mindjárt tulajdonos is vagyok. De mindjárt nem fölösleges, ha arra gondolunk, hogy nem a tulajdonos derelinqualta a dolgot. Végül említik még pro herede (Dig. XLI. 5.) és pro suo (Dig. XLI. 10.). Ez utóbbi voltaképen minden titulusra ráillik és a források oly titulusok megjelölésére használják, melyekre specialis elnevezés nem volt.

Ezek mind *titulus verusok*, a tulajdonszerző tény végbement, csak valami hibában szenvedett. Ezzel szemben áll a *titulus putativus*, mikor még tulajdonszerzési actus sincs, mikor a birtokló csak azt hiszi, hogy tulajdonszerző ténynyel nyerte a dolgot, pedig ily tény nem forgott fenn. Kérdés, hogy ily titulus putativus elegendő-e az elbirtokláshoz? Nem. A későbbi classicus római jog azonban ezt is elegendőnek tartotta, ha a birtokos hite megokolható, menthető volt. Némelyek titulus putativus alatt a megtörtént, csak hibás actust értik. Így értve természetesen elegendő a titulus putativus is.

B) Az elbirtoklás akadályai. Az elbirtoklás kellékei közé szokták sorozni a bona fidest, a tempust és hogy a dolog res habilis, elbirtoklásra alkalmas legyen. Ez helytelen. Ezek nem kellékek, a melyeknek fenforgását kellene bizonyítania az elbirtoklásra hivatkozónak, de ha nincsenek meg, akkor akadályok, a melyeket az elbirtoklást tagadónak kell bizonyitania. Ilyen akadályai az elbirtoklásnak a mala fides és res non habilis, mint olyan akadályok, a melyek fenforgása esetében elbirtoklás meg sem kezdődik, velük szemben vannak olyan akadályok, a melyek a már egyszer megkezdett elbirtoklást megakasztják vagy megszakasztják, tehát közbejövő akadályok.

1. *Mala fides:* a mikor a dolgot birtokomba vettem, tudtam vagy rendes gondolkodás mellett tudnom kellett, hogy ennek a dolognak az elsajátításával jogtalanságot követtem el. Ennek a mala fidesnek a birtokszerzés pillanatában nem szabad fenforognia, különben meg sem kezdődik az elbirtoklás. Nem áll azonban az, a mint rendesen tanítani szokták, hogy a birtokszerzés pillanatában jóhiszeműnek kell lennem. A források sem mondják, hogy bona fides necessaria est, hanem azt mondják, hogy mala fides nocet. Rendszerint a dolog úgy lesz, hogy ha bona fide vagyok, nem vagyok mala fide. Abban, hogy azt hiszem, hogy a birtokszerzéssel tulajdonos lettem, rendszerint az is benne van, hogy nem tudom, hogy nem vagyok tulajdonos. Mert ha tudom, hogy nem vagyok tulajdonos, az már mala fides és így nem lesz elbirtoklás sem. Az usucapio tehát nem jogügylet, nem szándékolt joghatású tény, sőt ellenkezőleg, nem szabad szándékolnom a joghatást, nem szabad akarnom elbirtokolni. Néha azonban a jóhiszem fenforgása még nem jár azzal, hogy nem vagyok mala fide, azaz nem elég az elbirtokláshoz a bona fides, hogy én tulajdonosnak hiszem magamat. Ha ön átad egy lovat, melyről azt hiszem, hogy az öné és így azt hiszem, hogy tulajdonomba ment át (bona fides), de tudom, hogy ön nem köteles nekem adni a dolgot (mala fides), akkor, ha ön nem tulajdonos, én a jó hiszem daczára sem fogom elbirtokolni a dolgot, mert rosszhiszemű vagyok. Néha ezzel szemben a jóhiszem nem is kell (az előbbi példában nem volt elég). Ha ön pl. házat ad át nekem, de telekkönyvi bejegyzés nélkül, akkor tudom, hogy

magyar jog szerint nem vagyok tulajdonos (nem vagyok bona fide), mégis elbirtokolhatom, mert nem vagyok mala fide sem.

A mala fides csak akkor akadály, ha a birtokbavétel pillanatában forog fenn, később nem. Mala fides superveniens non nocet. Mégis, ha a birtokbavételt képviselő útján viszem véghez, a mala fides a scientia domini alapján itéltetik meg, még pedig akkor nem szabad fenforognia, mikor a képviselt a birtokbavételről értesült, tehát nem a birtokbavétel pillanatában, hanem később. Az elbirtoklási idő is csak e percztől fogva számít. Különös szabály, hogy az emptio venditio esetén a mala fides hiányának nemcsak az átadás pillanatában kell fenforognia, hanem a szerződéskötés esetén sem szabad mala fide lennem. (Ennek különben ez az oka, hogy az adásvétel régente reális szerződés volt, melyben a megkötés és átadás összeesett.)

A kánonjog és a mai joggyakorlat a római jogi állásponttal szemben haladást mutat fel, a mennyiben a mala fidest akadálynak tekinti később is, nemcsak a birtokbavétel pillanatában: mala fides superveniens nocet.

Nem az elbirtoklásra hivatkozónak kell bizonyitania, hogy nem volt mala fide, hanem ellenkezőleg az ellenfélnek kell a mala fidest bizonyitania. Ez a bizonyítás persze csak közvetett lehet, csak valamely külső tényt bizonyithat be, melyből következtetni lehet, hogy az illető tudta, hogy jogtalanságot követ el, hogy a birtokszerzés nem ment végbe rendben. Tehát nem a kérdéses elbirtoklónak valóságos tudása itt a döntő, hanem a közönséges ember a bonus pater familias gondossága veendő itt tekintetbe, különben a szeles ember előnyben részesülne.

2. *Res non habilis.* Bizonyos dolgok el nem birtokolhatók. Még pedig némelyek állandóan: res extra commercium, mások múlólag. Ez utóbbiak ismét vagy tekintettel a jelenlegi birtokosra alkalmatlanok: res fisci, res dominicae (a császár és császárné dolgai), kiskorú dolgai és a holtkéz birtokai, törvényes elidegenitési tilalom alatt álló dolgok (fundus dotalis, bona adventicia regularia, a parens binubus dolgai, melyeket az első házasságból származó gyermekei javára elveszit, res litigiosae stb.). Mások ismét tekintettel arra a módra alkalmatlanok, a melylyel a tulajdonos kezéből kikerült. Ilyenek a res furtivae (odio furum nem birtokolhatók) vagy vi possessae, az ellopott, elrablott, elsikkasztott dolgok. Ezt a lex Julia és Plautia rendelte igy, mivel szemben a lex Atinia úgy intézkedett, hogy a res furtivae elbirtokolhatók, ha a tulajdonos kezébe csak egy pillanatig is visszakerülnek, ú. n. *purgatio vitii.*

3. Vannak körülmények, melyek az elbirtoklást megszakítják (*interruptio, usurpatio*), mások csak megakasztják, miattuk az elbirtoklás nem szünik meg, hanem csak szünetel (*usucapio dormit*).

Elbirtoklás-megszakító tények: a) A birtok elveszte bármily rövid időre (ú. n. usurpatio naturalis). Ez nagyon kemény, gyakran

igazságtalan szabály; pl. akkor, ha a dolgot tőlem ellopják és én csak egy nap mulva szerzem vissza. Azért az újabb törvények ezt csak megakasztó ténynek veszik.

b) A kánonjog és az újabb törvények szerint a mala fides superveniens.

c) Ha a dolog res extra commerciummá lett. (A dolog lehet res non habilis, a nélkül, hogy res extra commercium volna; pl. a dolog res minorissá lesz, ez azonban nem szakítja meg az elbirtoklást, hanem csak megakasztja.)

Sokan a keresetindítást, a rei vindicatiót is ide számítják (ú. n. usurpatio civilis), de ez helytelen: az elbirtoklás a per alatt is folyik és bevégződhetik. Ha a biró azt látja, hogy a litio contestatio szerinti helyzet alapján a dolog a felperest illeti, akkor alperest, az elbirtoklót csak obligatio ad restituendummal terheli (ép úgy mint a jóhiszemű birtokost a percipiált gyümölcsök restitutiója terheli). Ez helyes is, mert különben mindenki megakaszthatna elbirtoklásomban.

Ezeknél a megszakitó tényeknél az elbirtoklás megszünik. Ha azonban az ok megszünik, újból kezdhető az elbirtoklási idő, új titulus nem kell, de mala fide nem szabad lenni. Ez ma persze nem jön tekintetbe, mert ma nemcsak az elbirtoklás kezdetén árt a mala fides, hanem később is.

Elbirtoklás-megakasztó tények. Agere non valenti non currit praescriptio. Azokban az esetekben, a mikor a tulajdonos obiectiv okokból keresetet nem indithat, nem folyik az elbirtoklás sem (ez az elévülesre is áll). Ilyen tények: *a*) a dolog res inhabilissé, pl. res fiscivé, minorissá lesz, *b*) a dolog bizonyos különös helyzeténél fogva nem vindicálható pl. a tignum iunctum.

Rendkivüli elbirtoklás. A longissimi temporis possessio a longissimi temporis praescriptióból, a rei vindicatióval szemben emelhető elévülési kifogásból fejlődött. Justinianus ugyanis annak, a ki a tulajdonos rei vindicatiójával szemben az exceptio triginta vel quadraginta annorummal czélt ért, a birtok elvesztése esetén actiót is adott in rem (actionem ad vindicandam eam rem). A rendkivüli elbirtoklásnak nem kelléke a iustus titulus, de igenis akadálya a mala fides. (Ha tehát valaki titulus nélkül ugyan, de nem mala fide szerez be egy dolgot, 30 év alatt nemcsak exceptióval védekezhetik elévülés alapján, hanem megszerzi a dolog tulajdonát is. De ha A. rosszhiszeműen szerezte a dolgomat, 7 év mulva eladja B.-nek, akkor accessio temporis van ugyan az elévülésben, és így B. ellen 23 évi birtoklás után rei vindicatiót nem indithatok, ha ő A.-tól a dolgot nem mala fide szerezte, különben az elévülés nála újból kezdődik, de még ha nem is szerezte mala fide, még sem birtokolja el a 23 év alatt, mert auctora mala fide volt. Lesz tehát elévülés, de elbirtoklás nem.) Akadály továbbá az is, hogy a dolog extra commercium van, hogy gyámság vagy gondnokság alatt állóé,

hogy bonum adventicium regulare, hogy fundus dotalis. Már hogy a res furtiva akadálya-e a rendkivüli elbirtoklásnak, vitás; Dernburg, Arndts szerint nem. Az egyházak, a császár, császárné, fiscus, pia causa alapitványok dolgai el voltak ily módon birtokolhatók, de csak 40 év alatt.

Függelék. A régi ius civile szerinti elbirtokláshoz (usucapio) is megkivántatott a iustus titulus és akadály volt a mala fides. Ez alól azonban következő kivételek, rendhagyó elbirtoklások állottak fenn:

1. *usucapio pro herede* (l. az örökjogban);

2. *usureceptio* (vagy usucapio) *ex Rutiliana constitutione*. A ki egy nőtől gyámja közreműködése nélkül res mancipit vesz, elbirtokolja a dolgot, ha egy év letelte alatt a vételárt vissza nem kapja;

3. *usureceptio ex praediatura*. Ha a fiscus egy neki zálogba adott dolgot a tartozás fejében valakinek (ú. n. praediatornak) elad, de ez a dolgot egy illetve két évig a zálog volt tulajdonosának nyugodt birtokában hagyja, ez utóbbi a dolog tulajdonát ismét megnyeri;

4. *usureceptio ex fiducia*. Egy évi birtoklással ismét tulajdont nyer az, a ki egy harmadikra a dolog tulajdonát mancipatio vagy in iure cessio alakjában *sub pactum fiduciae* átruházta, tehát azzal a kikötéssel, hogy ez ismét reá remancipálja, vagy in iure cessióval visszaadja, ha az a harmadik e kötelezettségének eleget nem tett.

83. §. Tulajdonkeletkeztető tények: 6. Egyéb tények.

Pecuniae consumptio. Ha az én pénzemhez másnak a pénze vegyül, akkor commixtióról kellene beszélni, a miből condominium származnék. A római jognak nem ez az álláspontja, hanem kiindulva abból, hogy a pénz res consumptibilis, elhasználható dolog, a mely a kiadással már consumálva is van a tulajdonos részéről (hiszen rendeltetése a kiadás), úgy rendelkezik, hogy az én pénzemhez vegyült pénz kizárólag az enyém, és hogy az a hozzákeveredés originaer jogszerző tény. A pénz volt tulajdonosának ellenem nincs rei vindicatiója, csak condictio sine causája. Ez se mindig, ha t. i. adósom volt.

Insula in flumine publico nata. Ha a folyóban egy sziget keletkezik, quod frequenter accidit (a források szerint, bár nem igaz), az nem occupatio tárgya, mint az insula in mari nata, hanem a partmenti telkek tulajdonosaié lesz ipso facto. A felosztás úgy történik, hogy a folyó közepén folyásával egy irányban húznak egy vonalat; a mi a szigetből a vonal jobbján fekszik, az a folyómenti jobbparti ingatlanok tulajdonosaié ingatlanaik folyómenti hossza arányában, a vonal balján fekvő szigetrész ugyanigy a balparti tulajdonosoké. Ha ezek a partmenti tulajdonosok el is vannak utazva, mégis megszerzik a sziget tulajdonjogát, a nélkül, hogy birtokot szereztek volna. Az insula in flumine nata tehát nem occupatio tárgya, nem res nullius, keletkezése pillanatában már vi legis van tulajdonosa.

84. §. Tulajdonváltoztató tények (tárgyi tekintetben).

A tulajdonjog a maga főbb vonatkozásaiban ugyanaz marad, csak lényegtelen jegyeiban változik. Két tekintetben lehet változás: alanyi és tárgyi értelemben. Tárgyi változás, azaz a tulajdon tárgya (élvezeti obiectuma), a dolog változik, pl. nagyobbodik, de maga a tulajdonjog ugyanaz marad. Alanyi változásról pedig minden successio esetében van szó.

1. Accessio. A tulajdon tárgyi változásának legnevezetesebb esete az *accessio*. Ha egy dolog más dologgal testi kapcsolatba jut úgy, hogy amazzal ezentúl együtt csak egy dolgot, de oly dolgot, a milyen az első volt alkot, az accessio. „A" dolog + „B" dolog ugyanoly dolog lesz, mint „A", csak nagyobb. Ezt a tényt, a hozzájárulás tényét accessiónak nevezzük. De accessiónak nevezzük a hozzájárult dolgot, a „B"-t is, a mely az accessio ténye előtt dolog volt, a hozzájárulás után pedig megszünt az lenni.

Két dolog máskép is járulhat egymáshoz, egymáshoz járulása nem mindig accessio. Még pedig a következő esetek lehetségesek:

1. Különböző dolgok puszta keveredése pl. két nyáj, vagy könyvek keverednek össze. Ennek nincs jogi jelentősége.

2. *Confusio, commixtio, adiunctio* esetei. Több dolog oly szorosan keveredik össze, hogy az egyes részeket practice elválasztani nem lehet. Két zsák liszt kétféléből keveredik össze, nagyobb bab összekeveredik kisebbel. Ez nem accessio, mert A + B nem A, sem nem B, hanem A + B.

3. *Specificatio.* Két dolgot oly módon egyesitek, hogy A + B nem lesz sem A, sem B, sem A + B, hanem új dolog: C.

4. Egy bizonyos dolog, mint fődolog czéljaira, szánok egy mellékdolgot, pl. a szemüveghez a tokot, hegedűhöz a vonót, csónakhoz a lapátot. Itt A is van, B is van, de nem képeznek egy dolgot. Az ilyen mellékdolog, vagy segéddolog neve *tartozék, pertinentia.* (Megjegyzendő, hogy az accessiót is némelyek mellékdolognak nevezik. Ez helytelen, az nem mellékdolog, az egyáltalában nem dolog, hanem dologrész.) A pertinentiának csak interpretationalis fontossága van. Ha a szemüveget megvettem, ebből in dubio az is folyik, hogy a tokját is meg akartam venni.

Mindezektől megkülönböztetendő az accessio, a hol A + B = A. B consumitur unitate maioris partis. Accessióról kétféle értelemben beszélünk. Van t. i. *erős és gyenge accessio.* Lehet, hogy B egyesül A-val úgy, hogy ebből B aránytalan költség nélkül önálló dologgá vissza sem állitható, ez az erős accessio. Lehet másrészt, hogy A és B most egy dolog ugyan, még pedig A, de B visszaállítható, ez a gyenge accessio. A kocsi kerekestől csak kocsi, de a kereket ki lehet venni, ezért gyenge accessio. Már a bemázolt ajtóról a mázat levenni, a festéket különválasztani nem lehet.

A kétféle accessio jogi kezelése különböző. Az erős accessio

szabálya, hogy a részszé lett dolgon volt tulajdonjog megszünik, mert megszünt dolognak lenni, és az én dolgom nagyobbodik. Így, ha az ültetett fa organikus kapcsolatba jön a földdel, a fán eddig fennállott tulajdon megszünik, de azért a föld tulajdonosa nem nyer tulajdonjogot a fán, hanem csak a földön lévő tulajdonjoga nagyobbodik tárgyi tekintetben, nagyobb lesz a fával. A gyenge accessióval megmarad a részen a tulajdonjog ezentúl is, csakhogy azon elvnél fogva, hogy egy dolog egy vindicatio, a házamban levő ajtót a tulajdonosa nem vindicálhatja, tulajdonjoga nyugszik (dormit). Ha az ajtó ismét különválik, tulajdonjoga ismét feléled, megindíthatja a rei vindicatiót. Sőt míg házamban van az ajtó, is felléphet actio ad exhibendummal, melylyel azt követeli, hogy az ő dolga elválasztandó, és ez után megindíthatja a rei vindicatiót is. Ilyen ez eset a gyökeret nem vert fánál is. Ha a dolog (gyenge accessiójával együtt) harmadik kézbe kerül, akkor én a dolog tulajdonosa, egy vindicatióval követelhetem az egész dolgot (gyenge accessiójával együtt) és az a harmadik nem emelheti ellenem az exceptio ex iure tertiit, t. i. azt a kifogást, hogy a dolog egy része nem a tied, hanem másé. Ha persze ennél a harmadiknál a gyenge accessio különválik az én dolgomtól, én csak az én dolgomat követelhetem, a volt gyenge accessiót csak tulajdonosa követelheti. A gyenge accessióban lévő dologrészen a birtokjog a fődolog birtokosáé, de nem mint külön birtokjog, hanem mint a fődolog birtokjoga. Mint külön dolgon, mert nem az, egyáltalában nincs rajta birtok. Ha már most az én dolgom a hozzája gyenge accessióval járult dologgal, mely tehát most dolgom része, együtt önhöz, a gyenge accessióval dolgomhoz járult résznek tulajdonosához kerül, én az egészet vindicálhatom, de ön retentióval élhet, sőt ius tollendije van, kiviheti a maga dolgát. (Ilyen gyenge accessio van a római jog szerint, ha az én dolgom (juhom, könyvem) az ön universitas rerum distantiumába (könyvtár, nyáj) kerül. Ha tehát a nyáj harmadik kézbe kerül, minthogy a nyáj egészet képez, a nyáj tulajdonosa nemcsak minden juhot külön követelhet, hanem egy rei vindicatióval (vindicatio gregis) követelheti az egész nyájat, közte az én belekeveredett juhomat is. Ha azonban a nyáj hozzám kerül, én retentióval, illetve ius tollendivel élhetek, a magam juhát kivehetem. Ha én lépek fel ellene, actio ad exhibendummal az én juhom különválasztását kell kérnem, csak azután indíthatom a rei vindicatiót.)

Némelyek a gyenge accessio esetében nem dominium dormienset látnak fenforogni, hanem dominium revocabilet, t. i. tulajdonosa az accedált dolognak az egész dolog tulajdonosa, mint ilyen, de tulajdona megszünik, illetve visszaszáll a volt tulajdonosra, mihelyt a dolog különválik. Ez helytelen.

Az accessio eseteit három csoportra szokták osztani: *a*) ingó jár ingóhoz, *b*) ingó ingatlanhoz és *c*) ingatlan ingatlanhoz.

a) *Ingó dolog járul ingatlan dologhoz:* 1. *Satio*, *inplantatio.*

A mag elvetése egy telken erős accessio, mert practice elválasztani többé nem lehet. Az inplantatiónál a puszta beültetés csak gyenge accessio, erőssé csak a gyökérveréstől kezdve lesz. Ide tartozik még a föld trágyázása, az út homokozása. Ezek mindjárt erős accessiót adnak, bár drága trágyánál a valóságos összevegyülésig helyesebb gyenge accessiót felvenni.

2. *Inaedificatio.* Solo cedit quod inaedificatum est. A mit épitenek (tehát a ház minden részével), az a földnek accessiója. A fagerenda, az ajtó, az ablak, az üvegtető csak gyenge, de a mész, a festék, a vakolat, a tapéta erős accessio. Az inaedificatiónál előforduló gyenge accessio különös jogi elbánásban részesült a római jog szerint az actio ad exhibendum tekintetében. Az épitési materiale a *tignum junctum* (tehát nemcsak a gerenda) exhibeálását nem volt szabad követelni, még pedig közérdekből. Nincs tehát sem actio ad exhibendumnak, sem rei vindicatiónak helye. Helye van ellenben már a XII. táblás t. óta kártéritési keresetnek, ú. n. *actio de tigno iuncto*-nak, melylyel nem subiectiv érdekemet, az interesset, hanem a verum rei pretium kétszeresét követelhettem. Még pedig, ha a beépités jóhiszeműen történt, csakis ez a keresetem volt, mivel szemben a beépitett dolog a ház, illetve egyedül helyesen a telek tulajdonosáé lett, mint házának része (mint külön dolog, csak ha separálódott), ez tehát expropriatio. Ha ezt nem akartam, akkor e keresetet nem inditottam meg, hanem vártam, míg a ház összedül, a mikor actio ad exhibendum- és ennek alapján inditott rei vindicatióval magát a dolgomat kaptam meg. Ha pedig a beépítés mala fide történt, akkor az actio de tigno iunctón kivül rögtön minden exhibitio nélkül is megindíthatom a rei vindicatiót, interessem erejéig, mint fictus possessor ellen, mert dolo desiit possidere. Sőt ha a dolgot tőlem lopta, mind e keresetekkel concurrálólag a condictio furtivat, később az actio legis Aquiliaet is megindíthatom.

Ha én idegen telken jóhiszeműleg épitek, akkor a telektulajdonos rei vindicatiójával szemben retentióval élhetek az impensae necessariae és utiles erejéig, visszatarthatom a dolgot, míg nekem a szükséges és hasznos kiadásokat meg nem téríti, már az impensae luxuriae erejéig csak ius tollendim van, magát a dolgot vissza nem tarthatom, hanem a fényűzési beruházásokat elvihetem, persze a dolog állagának sérelme nélkül. A rosszhiszemű beépítőnek csak a szükséges kiadások erejéig van ius retentionisa, a hasznos és fényűzési kiadások erejéig csak ius tollendije van.

3. *Alluvio, avulsio.* A partomhoz lassan észrevétlenül hozzárakodó föld, iszap mindjárt erős accessio. A sodorvány, avulsio, a földemhez a víz által máshonnan elszakitott, hozzá sodort földdarab csak gyenge accessio, csak ha a benne levő növények gyökerei átnyúlnak az én földemre, lesz erős accessio.

b) Ingó dologhoz ingó járul: 1. *Ferruminatio és adplumbatio.* A ferruminatiónál lényeges, hogy az odaillesztés művésziesen történt

legyen, úgy hogy az elválasztás barbarismus volna, ezért erős accessio. Plumbatura csak felületes kapcsolat, tehát gyöngye accessio.

2. Irás, festés (*scriptura, pictura*). Puchta szerint az irás accessiója a papirnak. Ez helytelen. Csak a ténta, de nem maga az irás, járul a papirhoz. És különben is néha nem az irás, a festmény járul a papirhoz, hanem fordítva, a papir az iráshoz (váltó), vászon a festményhez. Ez utóbbi esetben helyesebb specificatióról szólani.

c) *Ingatlan járul ingatlanhoz.* Vitás matéria. Fogalmilag már helytelen, mert mihelyt ingatlan accedál, az már nem ingatlan. Az alluvio és avulsio, a melyet ide szokás számitani, tehát nem ide tartozik, mert, bár földdarab járul az én földemhez, de az a földdarab már nem ingatlan, mint nem az a kocsin szállitott föld vagy kő sem. Sokan az alveus derelictust és az insula in flumine natat is ide számítják, oly alapon, hogy a folyómenti ingatlanomhoz mint annak része tartozik annak a folyó alatti folytatása is, az alveus, a minek pedig a sziget csak kiemelkedése. Ez ellen szól az, hogy az egész föld egy dolgot képez, és így az én telkem nemcsak az alveus derelictusra, hanem a végtelenbe terjedne ki, azután meg az insula influmine nata gazdaságilag nem a part része, hanem külön dolog. Maga a meder, a míg a víz benne folyik, res nullius, ha azonban a víz más medret ás magának, akkor az elhagyott meder, az alveus derelictus a partmenti tulajdonosoké lesz fele részben a jobb, fele a balpartiaké. Az új meder, ha állandó, res nulliussá lett. Ideiglenes kiöntés a tulajdon kérdését nem érinti.

2. **Confusio, commixtio**. Alább a condominiummal kapcsolatban fogjuk tárgyalni.

85. §. Tulajdonváltoztató tények (alanyi tekintetben).

Változhatik a tulajdonjog olyképen is, hogy a régi alany helyébe más alany lép. Ezek a successio esetei. Ilyenek:

I. Traditio. Ha azt akarom, hogy a dolgom fölötti tulajdonjog B.-re átszálljon, nem elég kettőnk megegyező akarata, hanem a római jog azt is megkivánja, hogy az illető a dolog birtokát is megnyerje (l. 20. Cod. de pactis 2. 3.) traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Ennek történeti oka az, hogy a kezdetleges népek minden jogváltozást külsőleg szeretnek kifejezésre hozni, a régi jogokat bizonyos plasticitas jellemzi. Arra a kérdésre, hogy a birtokátmenet követelményének mi a czélja, sokféle vélemény van az irodalomban. Egyesek úgy vélik megokolni azt, hogy a consensuson kivül a birtokváltozás azért kivántatik meg, hogy az átmenet az obligatiótól a dologi joghoz markirozva legyen. A testi átadás követelménye ellen számos érv hozható fel, a minthogy újabban számos iró ki is kell ellene (Bähr Ottó polg. tkönyv javaslata el is ejti) és valójában az ingatlan tulajdonának átruházása római jog szerint voltaképen csak nudum pactum. A traditio külső actusa

különben abból áll, hogy B. a dolgot a tulajdonos beleegyezésével birtokba veszi. Nem kell a tulajdonos közreműködése, hozzájárulása, elég ha megvan a beleegyezése a birtokbavétel (az apprehensio) pillanatában. A birtokbavétel sem kell, hogy külsőleg mindig felismerhető legyen, a minthogy nem is az a brevi manu traditio és a constitum possessorium eseteiben. Exner szerint a testi átadás a külső forma, szerinte tehát a traditio formai szerződés. Ez helytelen, mert ha formai volna, akkor az átadásnak az akaratnyilvánítással egyidejűleg kellene végbemennie, holott végbemehet előbb is (brevi manu traditio), utána is.

Az alól, hogy a tulajdonjog átruházása csak traditióval lehető, némelyek magában a római jogban is kivételeket vélnek látni, még pedig két esetben. Az első az, hogy egyházak, kegyes alapítványok, városok a tulajdon megszerzésére irányuló szerződésből (vétel, csere, ajándék) magából traditio nélkül is megszerzik a tulajdont (transitus legalis). A másik pedig az, hogy ha többen societas omnium bonorumot kötnek, magával a szerződéskötéssel mindegyik társ condominiumot nyer az összes társak dolgain. Ez esetben azonban a condominium inkább azon alapszik, hogy a vagyonközösség constitutum possessoriummal van egybekötve.

A traditio kellékei:

1. *Az átruházónak tulajdonosnak kell lennie.* Ez alól két kivétel van. Az egyik az, hogy az is ruháztat át tulajdont, a ki bár maga nem tulajdonos, de ius distrahendije van, pl. a zálogbitelező. A másik, hogy a fiscus még idegen dolgoknak a tulajdonát is érvényesen átruházhatja. Minden egyéb esetben csak a tulajdonos ruházhatja át a dolog tulajdonát, illetve a tulajdonos képviselője. Ha nem a tulajdonos vagy képviselője adta át a dolgot, vitte véghez a traditiót, akkor a birtokbavevő nem nyert tulajdonjogot, hanem csak jóhiszemű birtokot (condicio usucapiendi-t). Ha most az átadó, ki az átadáskor a dolognak nem volt tulajdonosa, tulajdonossá lesz, a dolgot attól, kinek átadta, visszakövetelné, vindicálná, ez exceptio rei venditae (vagy donatae) et traditaet emelhet, mert dolo petit, qui petit quod mox redditurus est, vagyis beismeri, hogy a dolgot vissza kellene adnia, de másrészt az adásvétel, illetve ajándék alapján a (mostani) tulajdonos azt újból tradálni volna köteles. Ha pedig a dolog a tulajdonoshoz visszakerül, akkor a jóhiszemű birtokos Publiciana actiót indíthat, a mely ellen emelt exceptio dominiivel szemben replicatio rei venditae (donatae) et traditaevel élhet.

2. A traditio második kelléke *az animus tradendi, transferendi dominii* (tulajdonátruházási szándék). Vagyis az eddigi tulajdonos nemcsak abba egyezik bele, hogy A. a dolgot birtokba vegye, hanem abba is, hogy tulajdonát is megszerezze az illető concret dolognak. (A tulajdonjog általában csak speciesre vonatkozhatik.) Hogy az átadó mily indokból akarja tulajdonjogát átruházni, az mellékes, vagyis az error in causa tekintetbe nem jön. (Az error in dominio,

— azt hiszem másnak a dolgát adom át az ő képviselőjeként, holott a dolog az enyém, — az error in persona, — másnak adom át a dolgot, — és error in corpore, — más dolgot adok át, — mint lényeges tévedés semmissé teszi az átadást). A traditiónak is persze, mint minden jogügyletnek, megvan a maga causája, indoka (causa solvendi, donandi, contrahendi seu obligandi seu credendi (kölcsönnél), dotis constituendae, arrha adása, condicionis implendae stb.), de a jog nem törődik vele, ha egyszer a traditio megtörtént, a tulajdon átment tekintet nélkül a causára. A traditio tehát abstract szerződés. A causában tévedett természetesen visszakövetelheti a dolgot, de már nem mint tulajdonos, hanem csak személyi, kötelmi keresettel, condictio sine causával. A római jog a traditiónál csak két esetben tekinti a causát relevansnak, t. i. a férj és feleség közti ajándékozásnál és ha a nő végzi a traditiót valamely intercessionalis tartozás teljesítésére. Ezek a traditiók causájuknál fogva semmisek. A tulajdonátruházás feltétel, illetve időhatározmány mellett is végbemehet, sőt a római jog egy ex lege conditiót is ismer, t. i. a *pactum reservati dominii*. Ha az átadás adásvétel alapján történik, a vevő csak akkor szerzi meg a tulajdont, ha a vételárt lefizeti, illetőleg az eladó neki a vételárat hitelezi. Ez ma az ú. n. részletfizetésre történő vételeknél fontos. A részletre vevő csak az utolsó részlet lefizetésével szerzi meg a tulajdont, bár a dolgot már előbb átvette.

3. *A successor személye határozott legyen.* A későbbi jog már megengedi, hogy a traditionalis ajánlat, az átadás ne határozott személyhez, hanem bizonyos körhöz legyen intézve, pl. a magistratus hivatalbaléptekor pénzt szór a nép közé: *iactus missilium*. Ezt némely irók derelictiónak tekintik, úgy hogy szerintük az elszórt pénz felszedése nem a traditionalis ajánlat elfogadása, hanem occupatio volna. Ez azonban helytelen.

4. Végül szükséges az átvevő részéről az *animus acquirendi dominii*, az akarat, hogy a dolgon tulajdont szerezzen. (A traditio e szerint szerződés, két félnek egybehangzó, egymáshoz irányitott akaratnyilvánítása. A szerződés fogalma tehát nemcsak a kötelmi kétoldalú ügyletekre szorítkozik, nemcsak kötelmi szerződések vannak, hanem van dologi is, pl. a traditio, van családjogi is, pl. arrogatio stb.) A traditiónál az átvevő oldalán is megengedi a római jog a képviseletet. Vannak esetek, a mikor valaki a dolog tulajdonát magának akarja ugyan megszerezni és a maga nevében viszi véghez a traditio elfogadását, mégis a tulajdont nem ő szerzi meg, hanem más, a kinek szorosan véve csak személyes igénye volna ellene. A gyámolt (gondnokolt), a katona megszerzi azoknak a dolgoknak a tulajdonát, a melyeket a tutor (curator), illetve ügyvivő az ő pénzükön vett meg és vett át a maga számára, továbbá a nő azokon a dolgokon, a melyeket a férj tőle, t. i. nejétől ajándékba (tehát érvénytelenül) kapott pénzen a maga számára vett meg és át. Ennek a nőnek, a katonának, pupillusnak rei vindicatio utilisük (nem

directa) van. Némely jurista szerint azonban ezek a személyek nem szereznek tulajdont, hanem csak keresetük van a tulajdonszerzést a maga számára végbevivő férj stb. ellen, de csak ő ellene, singularis successorai ellen nem, és ez a kereset a csődtömegben mint vindicatio szerepel, de ez a nézet nem forrásszerű.

II. **Öröklés, hagyomány.** Nem kell traditio, ipso facto tulajdonos vagyok, mihelyt az örökséget elfogadom (t. i. ha örökös vagyok), illetve tulajdonos vagyok, ha a megterhelt, az örökös az örökséget elfogada (t. i. ha én legatum per vindicationem-et nyertem).

III. **Birói odaitélés.** *a) Adiudicatio.* A biró az ú. n. osztóperekben (iudicia divisoria: inter condominos actio communi dividundo, inter coheredes actio familiae herciscundae, inter vicinos actio finium regundorum) nem már meglevő jogot constatál, hanem a bonus vir arbitriuma szerint (tehát voltakép nem mint biró, hanem mint a szakértő szerepel, ezért neve: arbiter) constituál jogot. Igy az egyiknek adhatja a dolog feletti tulajdont (persze a másiknak nyujtandó kellő kárpótlás mellett), vagy az eddig eszmei részben birt tulajdont valóságos részekre osztja, és igy külön tulajdont ad az egyes részekre. A birói adiudicatio tehát a traditiót pótolja és voltaképen csak azt helyettesíti, hisz a felek közös megegyezéssel traditio útján is feloszthatják a közös tulajdont és csak ha a közös megegyezés nem sikerül, fordulnak a biróhoz. Voltaképen, anyagilag az ilyen adiudicatio nem is peres eljárás, hiszen a felek nem igényt érvényesitenek, nem azt állitják keresetükben, hogy valami meghatározott szolgáltatás illeti őket, hanem csak kéréssel fordulnak a biróhoz, mint úgyszólván bizalmi emberhez, hogy a mit ők nem tudtak békésen megtenni, ő végezze az osztályt. Perenkivüli eljárás ez a per formájában, a mennyiben t. i. a külső formák, in iure, in iudicio eljárás stb. itt is megtartattak. Az ily perekben a praetor a birót (tres arbitri) nem condemnatióra utasitotta, hanem arra, hogy az egyes jogokat oszsza meg köztük (pl. a tulajdonjogot), sőt új jogokat (szolgalmat, zálogot, követelési jogot) is constituálhat. A tulajdon tekintetében ez csak derivativ jogszerzés, t. i. a ki a birói adiudicatio folytán bár ipso facto nyer tulajdont, csak annyiban lesz tulajdonos, a mennyiben auctora pl. a condominusok, vagy az egyik condominus, az volt. Az adiudicatiót meg kell különböztetni először attól, midőn a biró rei vindicatio alapján itéli valakinek oda a tulajdont. Itt ő nem változtatja alanyában a tulajdont, hanem csak declarálja az eddigi alanyt. Meg kell különböztetni másodszor attól, mikor emptio venditio ajándék stb. esetén arra itéli az eladót, hogy a dolgot tradálja, sőt az ő traditionalis akaratát a birói itélettel pótolja. Ez esetben ugyanis a tulajdonszerzés czime nem a biró akarata, mint az adiudicatiónál, hol ez a végső czim, hanem az adásvétel.

b) Impetratio dominii. Ha t. i. a zálogadós nem fizet és a

zálogtárgy eladásának kisérlete sikertelen marad, akkor a záloghitelező az adós újbóli sikertelen felszólitása után római jog szerint a birótól kérheti a dolog tulajdonának odaitélését (bizonyos becsérték szerint). Az ilyen odaitélés is successiót állapit meg.

c) Hasonló hatású a birói árverésen a *birói leütés*, a mely közvetlenül, ipso facto tulajdonossá teszi a vevőt. (Dernburg.)

IV. Ex lege (háramlás, transitus legalis): *a*) *a res commissae*, a csempészett dolgok a fiscuséi.

b) A háznak az a tulajdonostársa, a kinek javítási költségeit, a másik társ a maga része erejéig 4 hónap alatt meg nem téríti, megnyeri a tulajdonostárs részét is.

c) A másodszor házasodó (binubus) elveszti tulajdonát a lucra nuptialia-n az első házasságból származó gyermekek javára.

d) A decretum divi Marci szerint az, a ki önhatalmúlag vissza akarja dolgát a birtokostól venni, elveszti tulajdonjogát a birtokos javára.

e) A dos tulajdona a házasság felbontása után a nőre száll vissza. (Baron szerint a nő nem nyeri vissza a tulajdont, hanem csak zálogjoga van a dolgokon, még pedig az összes záloghitelezőkkel szemben elsőbbségi joggal.)

Függelék. A justinianusi jogban az eredeti szerzésmódok közül csak az usucapio. a származékosok közül a traditión kivül azonban mind ius civile szerzésmódok voltak. De az eddig felsorolt derivativ szerzéstényeken kivül is volt még a régebbi jogban ius civile szerinti successio, a melyek azonban Justinianus idejében csak történeti reminiscentia tárgyai. Ilyenek:

1. A mancipatio. A mancipatio nem minden dologra nézve állapitott meg tulajdonjogot. Csak bizonyos dolgok voltak azok, a melyek a mancipatio útján voltak átruházhatók és átruházandók. Jelesül csak az az ingatlan, melyre ius Quiritium szerinti tulajdonjog volt szerezhető, tehát a fundus Romanus, később a fundus Latinus, majd Italicus, végül mindon telek. Továbbá azok a dolgok, a mik a telekkel összefüggtek: az igás marha, quae collo dorsove domantur és a rabszolga. Ezeknek a dolgoknak a neve res mancipi, épen mert megszerzésükhöz mancipatio kellett. A mancipatio szó különben a régi manusra mutat, a mely alatt a pater familias összes privatjogát kell érteni, melyet ő háza, és háza népe fölött gyakorolt. A dolgokra alkalmazva ez volt a tulajdonjog, a személyekre: az absolut személyi (család) jog. A régi tulajdonjogot, mihelyt a manus differentialódott, mancipiumnak nevezték. Később a mancipium név mint tulajdonjog csak egy dologra maradt meg: az átmeneti állapotban lévő rabszolgára. A mancipium régi fogalmával függ össze a mancipatio. Ez az ügylet abból állt, hogy a tulajdonát átruházón kivül ott volt öt tanú, egy libripens, ki a mérleget tartotta és a szerző fel, a ki mint vevő lépett fel. Ez utóbbi egy darab érczczel (raudusculum) megütötte a libripens tartotta mérleget mondván (igy irja ezt le Gaius): Hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio, eaque res mihi empta est hoc aere aeneaque. Eredetileg tehát ez a mancipatio adásvétel volt, a mely mindjárt a dolog átadásával járt, a miért a vevő a vételárat, érczrudat rögtön le is fizette, a melyet persze előbb lemértek. A legrégibb időben ez a raudusculum tehát valóságos pénz volt, ekkor t. i. a vert pénzt még nem ismerték és általános csereeszköz, pénz az érczrúd volt. Később ezt az ügyletet, a mely realis adásvétel volt, felhasználták általában a tulajdonátruházásra, még ha causája nem is volt adásvétel. A mancipatio szinleges adásvétellé lett. A darab ércz már nem vételár, hanem forma. Az igazi vételárt (ha vétel volt a tulajdonát-

ruházás causája) a vevőnek a mancipatión kivül kellett megfizetnie. Innen van a XII t. t.-nek az a rendelkezése, hogy a mancipatióval a tulajdon még nem megy át a vevőre, hanem csak akkor, ha a vételárat is megfizette. Ekkor a mancipatiót akkor is alkalmazzák, mikor A. B.-re a tulajdonjogot nem adásvétel, hanem ajándék czimén akarja átruházni, letétbe akarja adni stb. A mancipatio tehát nem adásvétel, hanem symbolicus actus, a melylyel A. a maga tulajdonát B.-re átruházza, de a dolgoknak csak egy osztályára a res mancipire vonatkozik.

2. A többi dolgoknál nem ez a forma szolgált a tulajdon átruházására, hanem az in iure cessio. Hogy ez mikor keletkezett, arra nézve a vélemények eltérők. Vannak, a kik a mancipatiónál régebbinek tartják, mert a mancipatio könnyebb mint ez. A mancipatio magánactus, holott ez szinleges per, a praetorhoz, a forumra, in ius kellett menni. A helyes nézet ezzel szemben az, hogy az in iure cessio az újabbi, mert oly időre mutat, mikor már rendezett jogszolgáltatás van, mikor a rendes legis actionalis per már megvan az in iure és in iudicio eljárás caesurájával. Ezenfelül, ha az in iure cessio volna a régibb, akkor a rajta könnyiteni akaró mancipatio mért oly körülményes és mért terjed ki csak oly dolgokra, a melyek a legprimitivebb gazdaságnak felelnek meg, ha reform volna, mért korlátoztatnék ily szűk térre. Valószinübb hogy az in iure cessio az újabb keletű, még pedig jóval későbbi és valószinű továbbá, hogy már ős időktől fogva létezett a közönséges átadás a traditio is, ha nem is azzal a hatálylyal, hogy quiritar tulajdonjogot lehetett vele szerezni. A darab kenyeret csak nem ruházták át in iure cessióval. Az in iure cessio szinleges per, mely a legis actio sacramento in rem (vindicatio) formájában ment végbe. Az in iure cessio tehát csak a XII táblás t. óta létezhetik, mert a legis actiók is az uralkodó vélemény szerint e korból valók. A mint csak képleges volt a mancipatiónál az adásvétel és a raudusculum formájában az árlefizetés, úgy szinleges volt az in iure cessio is. A felperes (a kire a tulajdont át akarom ruházni) a praetor előtt azt állitotta, hogy aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium, alperes (én, az eddigi tulajdonos) ezt a hazugságot ráhagytam, és igy confessio in iure alapján a praetor a dolgot neki itélte oda.

A mancipatio és in iure cessio tulajdonátruházási tények. De használták őket, különösen a mancipatiót, oly viszonyok létesitésére, a melyek a későbbi időben nem tulajdonszerzéssel, hanem csak birtokkal vagy birlalattal jártak. Igy a későbbi korban, ha dolgomat zálogba adtam, a zálogos csak birtokot szerzett (és szerez ma is) a dologra, ha depositumba, letétbe adom a dolgot, a depositarius, a kinél dolgomat leteszem, csak birlaló stb., vagyis nálam marad a tulajdon, melynek alapján dolgomat ismét visszakövetelhetem. Nem igy a régi római jogban. Ott másra a dolgot csak a tulajdonjoggal együtt lehetett átruházni, még pedig a mancipatio vagy iure cessio formájában. Igy akár zálogba, akár letétbe, akár kölcsönbe akartam a dolgot adni, a tulajdont is át kellett ruháznom. De hogy mégis biztositva legyek, hogy dolgomat adandó alkalommal visszakapjam, a zálogossal, a letevővel a mancipatio alkalmával külön megbeszéltem, hogy a dolgot vissza fogja adni. Ez a megbeszélés nem jogi, hanem társadalmi ügylet, *fiducia*. Ő mintegy becsületszavát adta, hogy a dolog tulajdonát vissza fogja rám ruházni. Ha még sem tette, jogilag nem tehettem ellene semmit, ő csak a társadalmi erkölcs ellen vétett, a társadalom megvetésében részesült, becstelen emberré lett. Később a jog ezt a mellékügyletet — pactum fiduciae — elismerte, adván a megcsalt a félnek actio fiduciaet. A fiducia mellett történő mancipatio a zálogjognál tartotta fenn magát legtovább (fiducia cum creditore contracta, minden más fiduciae causa mancipatio és in iure cessio fiducia cum amico contracta).

Megjegyzendő különben, hogy bár a mancipatio formai ügylet volt, alaktalan megbeszélések, megegyezések kisérhették és kisérték pl. a fenti fiducia megegyezés. Ezek a megbeszélések a *leges mancipii*, vagy *nuncupatio*, a melyekről már a XII táblás törvény is azt mondja: uti lingua nuncu-

passit, ita ius esto. Ebből a muncipatióból fejlődött ki a római végrendelet is. Megjegyzendő továbbá, hogy a mancipatio adásvétel lévén, a tulajdonát átruházó evictióért felelt, hogy t. i. a mancipált dolgot senki sem fogja tulajdonosként a mancipatustól elperelni. Ha ez mégis megtörtént, a mancipatus a a mancipans ellen *actio auctoritatist* indíthatott a vételár kétszeresére.

Nem kell különben hinnünk, hogy szinleges és fiduciarius ügyletek csak a primitiv jogokban vannak meg; ma is találhatók. Pl. szinleges ügylet, hogy egy ajándékváltóra is azt irjuk: értékét felvettem készpénzben, tehát mintha nem ajándékoznám a váltót, hanem tartozás fejében adnám, épúgy mint a mancipatiónál adásvétel volt szinleg ajándék esetén is. A fiducia párdarabja pedig ma, ha én ma egy követelésemet cedálom, pedig a követelést nem átruházni akarom, hanem csak zálogba adni.

3. Nem emliti Justinianus az addictiót sem. A quaestor a háborúban szerzett dolgokat (*venditio sub hasta*), foglyokat (*venditio sub corona*), vagy büntetésül elconfiscált vagyont (*sectio, venditio bonorum*) nyilvános árverésen a legtöbbet igérőnek itélte oda. Az átruházás ünnepélyesen ment végbe sub hasta, sub corona (a melyet a rabszolga fejére tettek). Később ezek a formák megszüntek és a kiosztások, *assignatiók*, kevésbbé ünnepélyesen az állam meghatalmazottja által történtek. Igy kerül szembe az ager quaestorius, quaestori árverésen szerzett föld az ager assignatussal. Mind a kettő ager publicusból lett privatussá. Később maga a fiscus adta el a földeket a rendes formában traditióval, de azzal a privilegiummal, hogy a meg- és átvevő originaer tulajdont szerzett. A fiscus plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet.

86. §. A tulajdonjog megszünése.

I. **Derelictio.** A tulajdonos lemond a dolog birtokáról azon szándékkal, hogy ez által a tulajdont is elveszitse. A derelictio tehát jogügylet. Nem elég az a szándék, hogy a birtokot elveszitsük, szükséges a tulajdonról való lemondás szándéka is. Ez okból nem derelictio a dolognak navis levandae causa tengerbe dobása (lex Rhodia), valamint nem az annak türése, hogy valaki dolgunkat birtokba vegye. Nem derelictio a dolog elvesztése sem. A derelinquált dolog res nulliussá lesz és fit primi occupantis.

II. **Interitus rei.** Ha a dolog megszünik, megszünik az élvezését biztositó tulajdonjog is. Ide tartozik az is, ha a dolog megszünik önálló dolog lenni, és vagy más dolog alkatrészévé lesz, (erős accessio, consumptio pecuniae), vagy más dologgá lesz (specificatio), vagy oly állapotba jut, hogy tulajdon tárgya nem lehet, pl. a vadállat custodiánkból kikerül, vagy elveszti a visszatérési szándékot; ha a folyó új medret ás magának, az új meder szintén megszünik a tulajdon tárgya lenni.

III. **Tractus temporis.** Az időmúlás megszünteti az elásott kincs feletti tulajdonjogot.

IV. **A tulajdon keletkezése másnak a személyében.** Ha tehát más a mi dolgunkat elbirtokolja, ager desertusunkat müveli, megszünik a tulajdonjog és az ő személyében új tulajdonjog keletkezik.

87. §. Condominium.

Ez középkori kifejezés. A források dominium pro parteröl szólanak. Nem tartozik ide először is a szinleges communio. A szinleges communio esetében ugyanis nincs közös jog, hanem két külön jognak a tárgya szemre, külsőleg közös, pl. ketten két szomszédos telket vagy egy falnak két részét birják. Nem condonium továbbá az ú. n. *egyetemleges tulajdon* (Gesammteigenthum) sem. Ha t. i. a tulajdonostársak mindegyike kifelé teljes tulajdonos, az egész dolgot vindicalhatja, a tulajdonostársak mintegy solidarisak. Ez az intézmény csak a germánoknál ismeretes, ezt a dominium pluriumot a római jog nem ismeri.

A mit mi condominiumnak nevezünk, a római dominium pro parte, abban áll, hogy többen tulajdonosai egy dolognak úgy, hogy az egésznek tulajdona egyiket sem illeti sem ki-, sem befelé, hanem mindegyik csak társtulajdonos. Constructiója nehéz és vitás. A kérdés t. i. az, hogy jogom van-e a tárgy egy részére, pl. ha hárman vagyunk condominusok, egy harmadára, vagyis a tárgy van-e megosztva, vagy jogom van az egész tárgyra, de csak 1/3 részben, azaz a jog van-e megosztva? Windscheid szerint a tárgy értéke, Kohler szerint használhatósága van megosztva. Schwarz álláspontja az, hogy az nem mondható, hogy engem bár csak a dolog harmadára is teljes jog illetne, azaz, hogy a tárgy van felosztva, de másrészt az sem mondható, hogy a jog van megosztva. Leghelyesebb azt mondani, hogy itt a *tulajdonnak egy külön neme* van. Kifelé nincs kizárólagos tulajdonjogom az egészre, csak a rész erejéig indithatom a rei vindicatiót a harmadik birtokos ellen, csak azt követelhetem, hogy 1/3 rész erejéig compossessióba bocsásson. (Ezt a hányadrészt meg kell különböztetni a testi rész fogalmától, ez pars aliquota, nem aliquanta. Ez van akkor, mikor nem lehet azt mondani, hogy a dolognak melyik részét birom, hanem enyém a dolog minden porczikájának megfelelő része, tehát minden atom nem az enyém egyedül, hanem kettőnké, hármunké. Ez practice abban lel kifejezést, hogy a dolognak egyes részével nem rendelkezem, csak ha a többi tulajdonostárs is beleegyezik. A mivel én egyedül rendelkezem, az maga a condominiumom, azt másra átruházhatom stb.) Keresetemnek intentiója is azért igy fog hangzani: Si paret rem pro illa parte Auli Aggerii esse stb. Hogy mily arányban vagyok jogositva, azt persze a birtoklásban feltüntetni nem lehet, az a használatban mutatkozik. Kivételesen a *rei vindicatio pro parte incerta* is szólhat, t. i. commixtio, confusio esetén néha maga a fél sem tudja, milyen részig condominus, és ilyenkor a biró határozza meg részének nagyságát. Néha a társtulajdonost az egész rei vindicatio illeti meg, úgy ingóknál, mert ott a compossessiónak nincs jelentősége, nem úgy mint az ingatlanoknál. Persze, ha az egészre inditom meg a rei vindicatiót, alperes, t. i. a dolog birtokosa, cautiót

követelhet tőlem arra nézve, hogy a többi condominus nem fogja őt beperelni.

Ez a condominium kifelé. A belső viszony, a társak közti viszony a kötelmi jog fejezetébe tartozik. A társak közt kötelmi viszony van ex lege, a melyet a rómaiak a societas mintájára szabályoztak és ezért az ú. n. quasi contractusok közé sorozták, neve communio per incidentem vagy incidens. Erről a kötelmi jogban fogunk szólani.

Condominium keletkezik, ha valamely tulajdonkeletkeztető tény többeknek személyében valósul meg, többen egyszerre occupálnak, specifikálnak stb., keletkezhetik successio által (különösen öröklés által). Igen gyakori keletkeztető ténye a confusio.

Confusio folyadékok, commixtio szilárd dolgok egyesülése. Ezeknél a szabály az, hogy az egyesülés által condominium (és compossessio is) keletkezik, de csak akkor, ha a két dolog úgy egyesül, hogy azt kell mondanunk, hogy a kettő most már csak ugyan egy dolog. Ha ellenben valaki az én butoraimat összehányja tűzvész alkalmával a maga butoraival, nem lesz sem compossessio, sem condominium, mert ezekből a butorokból nem lett egy dolog. Ha az én juhaim összeszaladnak a szomszéd nyájával nem származik sem compossessio, sem condominium, mert a nyáj nem egy dolog, hanem universitas rerum distantium (universitas facti). Kérdésesebb a dolog akkor, ha én összehányom az én búzámat a más rozsával. Hiszen itt meg lehet különböztetni, hogy ez búza, ez rozs, de azért mégis azt kell mondani, hogy condominium származik, mert a két dolog különválasztása practice lehetetlen. Physikailag el lehetne választani, de nem éri meg a fáradságot és költséget és azért jogászilag úgy mondjuk, hogy az elválasztás nem lehetséges. (Ugyancsak különbség van a physikai és jogászi felfogás közt más téren is. A physika szerint egy zsák liszt nem egy dolog, de jogászilag az ilyen mennyiségileg mért dolog (quae mensura consistunt) egy dolognak tekintetnek. A zsákban az összes liszt egy dolog. Ha én kimerítek a zsákból, két dolog lesz: az egyik a zsákban levő liszt, a másik a kimerített liszt. Annyi dolog van ilyenkor, a hány csomó, a hány tartály. Ebben a jog, mint mindenütt az élet felfogását követi.) Ha ilyen értelemben véve összevegyül az én dolgom a más dolgával, ilyenkor condominium keletkezik abban az arányban, a mely értékarányban a két dolog az egyesülés előtt állott. Ebben a fejezetben is van nézeteltérés. Justinianus különbséget tesz a commixtio és confusio közt. Helyes felfogás szerint az, hogy folyó vagy száraz-e a két dolog, különbséget nem tehet. Mind a két esetben azt kell mondani, hogy condominium áll elő. Justinianus szerint az összekeveredésnél két eset lehetséges. Keveredhetik két egyenlő és két különböző dolog. Mindkét esetben ez a keveredés történhetik a tulajdonosok akaratával vagy véletlenül. Azonban mind ez eseteknek egy a jogi hatása, az t. i., hogy ha csak specificatio, vagy accessio nem forog fenn, condominium támad a két dolog értékének

arányában. Az összekevert dolog eddigi tulajdonosa a másiktól, a kinek dolgával az ő dolga összekeveredett, nem vindicálhatja a maga dolgát, köztük condominium támad, a melynek megszüntetésére az actio communi dividundo szolgál, ha pedig a társ a maga részét meghatározni nem tudja, rei vindicatiót pro parte incertát kap.

88. §. A tulajdonjog védelme.

A tulajdonjog védelménél a szokásos tárgyalási mód az, hogy dologi és kötelmi keresetekről szólanak. Ez helytelen. A könyvekben (így Vécseynél is, Kajuchnál is) említett keresetek egyrészt kevés, nem merítik ki a tulajdonos kereseteit, másrészt meg sok. Kevés, mert nincsenek felsorolva a possessorius keresetek, az actio legis Aquiliae, actio furti, ez mind védi a tulajdonost, azután az actio depositi is, sőt a condictio furtiva is. Az actio legis Aquiliaet annál inkább kellene megemlíteni, ha t. i. az actio Publicianát ide számítjuk, mert az actio legis Aquiliaet csak a tulajdonos indíthatja meg, holott a Publiciana mást is véd. Sok azonban a rendesen felsorolt kereseteknek a száma, mert ezeknél a kereseteknél a tulajdon kérdése nem jogalap, hanem csak előzmény, incidentalis kérdés. Az actio finium regundorumnak, az operis novi nunciatiónak stb.-nél a kereset alapja a törvény, azok obligationes ex legeből származnak, az actio furti, condictio furtiva, actio legis Aquiliaenek alapja pedig delictum. Plane az actio Publiciánánál a tulajdonjog nem is jön szóba. Ezt figyelembe véve, a tulajdonjog védelmére csak két kereset szolgál, t. i. a rei vindicatio és a negatoria in rem actio, az előbbi a tulajdonjog teljes, a másik annak részleges megsértése esetén.

I. **Rei vindicatio.** A tulajdonos (a ki nem birtokos) a dolog restituálását követeli a birtokóstól (a ki nem tulajdonos). Felperes a tulajdonos, a kinek a maga tulajdonát kell bizonyítania a litis contestatio időpontjára vonatkozólag. Ezt a szerzési tény bizonyítása által teszi, mert ez azt a vélelmet foglalja magában, hogy a jog most is fennáll. Ha azonban a szerzésmód csak származékos volt, akkor, hogy a maga tulajdonjogát bizonyítsa, elődjének, auctorának jogát is bizonyítania kell. Ha ez is csak származékos úton szerezte a tulajdonjogot, az ő elődjének jogát is bizonyítania kell felperesnek, és így tovább mindaddig, míg egy oly auctor jogát nem bizonyítja, a ki eredeti szerzésmóddal szerezte a tulajdonjogot. Ez egyenes folyománya azon alapelvnek, hogy nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet, ha tehát az előd nem volt tulajdonos, ő sem lehet az. Látható, hogy a tulajdonjog bizonyítása *probatio diabolica*, a melyen csak az könnyít, hogy egy bizonyos idő mulva a dolgot elbirtokolja, és így originaer jogszerző tényre hivatkozhatik. (Az usucapión pedig az accessio possessionis könnyít.) Nehezítette a probatio diabolican kivül a rei vindicatiót

az is, hogy a régi római jogban felperes a maga igényét pusztán a tulajdonszerzési titulus nélkül adta elő: aio hanc rem meam esse, s csak in iudicio választhatott a szerzési tények között. Ha tehát felperest elutasították, akkor tulajdonát teljesen elvesztette, úgy tekintetett, mint a ki a litis contestatio idején egyáltalában nem volt tulajdonos. Mikor később már expressa causa lehetett perelni, mikor tehát felperes már in iure megjelölte a tulajdonszerző tényt, vagyis a formula úgy szólt: si paret rem Auli Aggerii ex causa traditionis esse, akkor a felperes elutasítása csak ennek a causának a consumptióját eredményezte és felperes más causa alapján tulajdonjogát még mindig érvényesíthette. Ez a' szabály ma is.

A rei vindicatio felperese tehát a tulajdonos, a ki nem birtokos. Ha a tulajdonos birtokos, akkor joga nincs megsértve, nincs tehát igénye, rei vindicatiója. Ez alól csak egy kivétel van. Ha t. i. bérlőm, letéteményesem, szóval az én nevemben birlaló nem akarja a dolgomat visszaadni, akkor bár ő csak detentor és a possessor én, a bérbeadó, vagyok, én mégis megindíthatom a rei vindicatiót. Alperes a perben a birtokos, még pedig a jogi birtokos, a mi azzal függ össze, hogy régen a rei vindicatio iudicium dupplex volt, contravindicatioval járt. T. i. alperesnek felperes igényével szemben azt kellett állítania, hogy a felperes által igényelt dolog nem felperesé, hanem az övé. Ha ezt nem tette, nem is volt per. Később a rei vindicatio alapján kifejlődött per iudicium simplexxé lett, ennek folytán nemcsak a birtokos, hanem a birlaló is lehetett alperes. És ez a helyes, mert különben a birtokos kibérelhetné önmagától a dolgot és így a rei vindicationak azt vethetné ellene, hogy ő csak birlaló. A rei vindicatio ezért a birlaló ellen is megindítható, de ez a nominatio vagy laudatio auctoris-sal szabadulhat, t. i. megnevezi a birtokost, kitől a dolgot birlalatba kapta, és akkor felperesnek ez ellen kell fordulnia. Ha ezt a birtokost háromszor hiába idézték meg, akkor a praetor a birtokot alperesre, a detentorra ruházta. Ez a meg nem jelent birtokosra igen hátrányos volt, tehát mintegy büntetés számba ment. Mert ha tudniillik ő tulajdont formált a dologra, elesett az alperesi kényelmes positiótól, és felperesként kellett fellépnie. A classicus perben a meg nem jelent birtokost már in contumaciam elitélték. Alperesnek az itélet időpontjában kell birtokosnak lennie, azért, ha pl. a dolog alperesnél per casum vész el, nem fog elmarasztaltatni, persze, ha valami okból casusért is felel, kártérítéssel tartozik. Ha alperes a birtokot tagadta, vagyis azt állította, hogy ő nem birtokos, akkor, még ha ő volna is a tulajdonos, mégis elmarasztaltatik ad restituendum, és így, ha ő tulajdont formált a dologra, felperesként kellett egy újabb perben fellépnie.

Az alól, hogy alperesnek birtokosnak kell lennie, kivétel az ú. n. *fictus possessor*. Ez, bár az itélet idejében nem is birtokol, elmarasztaltatik mintha csak birtokos volna, mert dolus est pro

possessione. Ilyen fictus possessor először is, *qui dolo liti se obtulit*, a ki bár nem birtokos, mégis birtokosnak adja ki magát és alperesként perbe bocsátkozik, hogy ez által az igazi birtokos szabadulhasson. Pl. a birtokos már két évig s 10 hónapig birtokolja ex iusta causa a dolgot. Most a tulajdonos megindítja a rei vindicatiót, a minek az volna a következménye, hogy az elbirtoklás megszakad. Hogy ez be ne álljon, X. magát állítja birtokosnak, hogy míg kiderül, hogy ő nem birtokos, az igazi birtokos a dolgot elbirtokolhassa. Az ilyen fictus possessor, a ki bár nem birtokos, mégis elmarasztaltatik, persze nem ad restituendum, hiszen nincs nála a dolog, de az interessét meg tartozik tériteni. Fictus possessor másodszor, *qui dolo desiit possidere*, a ki szándékosan elhagyta a dolgot, hogy possessor ne legyen és így a pertől megszabaduljon, sőt a rosszhiszemű birtokos culpáért is felel, ha ez által megfosztja magát a visszaadás lehetőségétől, tehát nemcsak, ha tovább adta, hanem ha megszüntette a dolgot, pl. megette, specificálta, erős accessióba hozta más dologgal, pl. a fát inplantálta. (Gyenge accessio esetén nem tekintetik a birtoktól és a visszaadás lehetőségétől megfosztottnak, persze a rei vindicatiót megelőzőleg actio ad exhibendum inditandó.) Sokan a birtokelhagyásban a culpát is mindig elegendőnek tartják a culpa dolo proxima elve alapján. De ez helytelen, mert akkor, ha jóhiszeműen veszem meg és át a nemtulajdonostól a dolgot, pl. egy órát és azt elvesztem, a tulajdonosnak újból kellene fizetnem.

A dolo desiit possidere és liti se obtulit eseteiben azonban csak látszólag van kivétel azon elv alól, hogy a rei vindicatio alperesének birtokosnak kell lennie. Mert e két esetben csak a név rei vindicatio, tulajdonképen az ezek ellen inditott kereset nem az, hanem delikt kereset (ex dolo), azért az örökösökre nem száll, (később is csak in quantum locupletiores facti sint) és ha ez alapon a káromat (melyet itt a dolog értékével azonosítottak) meg is kaptam, ennek czélja csak alperes büntetése, nem az én kielégitésem, nem a dolog megváltása, harmadiktól még mindig vindicálhatók. Ha azonban a dolgot a verus possessortól már előzőleg kivindicáltam, megkaptam, akkor a fictus possessor ellen többé nem fordulhatok, mert hiszen nincs károm. Persze, ha ez utóbbi esetben mégis volna kár, pl. a dolgot megrongálva kaptam vissza, ezt a káromat a fictus possessortól követelhetem. A fictus possessor elleni actio, bár neve rei vindicatio, mindezek alapján nem in rem, hanem in personam actio, csőd esetén nem vagyok separatisticus hitelező, hanem csak közönséges chyrographarius (csődhitelező) és igy nem a dolgot, hanem csak quotát kapok.

A rei vindicatiónak tárgya dolog, de lehet eszményi rész is, ily esetben vidicatio pro partenak van helye. Pénz is lehet tárgya, ha még nincsen consumálva. Ha dolgom máshoz accedált, mással van összekapcsolva, akkor nem lévén dolog, hanem dologrész, rei

vindicatiónak tárgya nem lehet. Azzá csak akkor lesz, ha előbb actio ad exhibendum alapján ismét különválasztatott. Ez ma már nincs így, a minek oka az, hogy ma már a dolgot nem kell a magistratus elé vinni. A dologösszesség (universitas ex rebus distantibus) nem dolog, tehát elvben nem lehet tárgya a rei vindicatiónak. A régi sacramentalis perben egyszerre csak egyes dolgokat, később már egész összességeket is lehetett egy vindicatióval perelni, de azért mindegyik dologra ki kellett mutatni a tulajdonjogot. Így van ez ma is, kivétel csak a grex és a méhraj, a melyeknél a hozzátartozó dolgok többségének tulajdonát kell csak bizonyítanom, és mégis az egész nyájat, méhrájt kikapom, hacsak alperes ki nem mutatja, hogy egyes darabok az övéi és azokat nem contravindicálja. Ez esetben, de csakis ekkor, ezeket a darabokat nem kapom ki. Már az exceptio ex iure tertii nem használ, vagyis nem használ annak bizonyítása, hogy egyes darabok nem felpereséi, hanem máséi. Nagy vita van a körül a kérdés körül, vajjon ez a vindicatio gregis kiterjeszthető-e? Schwarz szerint igen, mert ha pl. a könyvtár nagyobbrésze az enyém, valószinű, hogy az egész az enyém, és bátran alperesre hárítható az ellenkezőnek a bizonyítása. Ez utóbbi kisebb baj, mintha felperesnek külön minden könyvre kellene a maga tulajdonát bizonyítania.

A rei vindicatióval mit követelhet felperes? Követelheti a restitutiót, a dolog visszaadását cum omni causa minden járulékával, tehát a benne talált kincset is, commodum reit, insula in flumine natat, partus ancillaet, fructust stb. Különben alperes minősége szerint a következő fokozatokat különböztethetjük meg: Ha alperes malae fidei possessor, vagyis oly birtokos, a ki tudja vagy erősen sejti, hogy a dolog nem az övé, az olyannak tekintetik, mint a kire a dolog bizva van, azért teljes diligentiával kell eljárnia és a dolgot azonnal vissza kell adnia. Per előtt omnis culpáért felel, per után casusért is, minután in mora est. Még rosszabb a helyzete a furnak, a tolvajnak, rablónak, sikkasztónak. Ez azon szabálynál fogva, hogy fur semper moram facere videtur, azaz, hogy a tolvaj mindig késedelemben van, már a per előtt is nemcsak culpáért, de casusért is felel. Tehát elmarasztaltatik, ha a dolog még a beperlés előtt véletlen folytán tönkre ment. Épen ellenkezőleg a bonae fidei possessor. Ez a perindítás előtt semmiért sem felel, úgy bánhatik a dologgal, mint a sajátjával (persze, ha rongálja, actio legio Aquiliaenek azért mégis van helye). Ha azonban mala fides supervenit, úgy felel mint a rosszhiszemű. A perindításnak, a litis contestatiónak némelyek szerint az a következménye rá vonatkozólag, hogy olyan helyzetbe jut, mint a rosszhiszemű birtokos, vagyis casusért is felelne, de ez nem igaz, mert ő nem morosus, ő nem tudja, hogy a dolog nem az övé, a litis contestatio csak aggályokat ébreszthet benne az iránt, hogy a dolog az övé, vagyis oly helyzetben van, mint a rosszhiszemű birtokos a perindítás előtt,

s ezért omnis culpáért felel. Az alperes által szolgáltatandó kártérítésben tehát három fokozat van. A jóhiszemű birtokos perindítás előtt semmiért sem felel, perindítás után is csak omnis culpáért, de casusért nem. A rosszhiszemű birtokos a litis contestatio előtt is felel már omnis culpáért, de casusért csak utána felel. Már a tolvaj mindjárt casusért is felel.

Megjegyzendő még, hogy ha a jóhiszemű birtokos a litis contestatio előtt kiesik a dolog birtokából, nem indítható ellene a rei vindicatio. Ha azonban a dolgot pénzért idegenítette el, akkor személyes keresettel a gazdagodás erejéig felel (a források ilyenkor conditio sine causáról, majd actio negotiorum gestorum directaról szólanak), ha a dolog az elidegenítés után tönkrement és így már nem vindicálható. Ha pedig a bonae fidei possessor a litis contestatio után culpose kiesik a birtokból (casusért ekkor sem felel), akkor felel a dologért, de minthogy a kártérítés itt nem ex delicto származik, mint a dolosus elidegenítésnél (fictus possessor), azért ő a kár megtérítésével ipso facto megváltja a dolgot és successio ex lege útján megszerzi a tulajdonjogot, holott a fictus possessor adta kártérítés esetén az eddigi tulajdonos tovább is az marad, vagyis magának a dolognak restituálására újabb rei vindicatiót indíthat.

A gyümölcsök tekintetében is különbséget kell tennünk jóhiszemű és rosszhiszemű birtokos alperes közt. A malae fidei possessor oly gyümölcsöket tartozik húzni, mint a pater familias. tehát a fructus percipiendiért is felel, azokat a gyümölcsöket is meg tartozik téríteni, a miket nem húzott ugyan, de közönséges gondosság mellett húznia kellett volna. Már a bonae fidei possessor a litis contestatio előtt a gyümölcsöket megsemmisítheti ép úgy, mint magát a dolgot, nem felel tehát a gyümölcsökért. A litis contestatio után azonban a bonae fidei possessor ép úgy felel, mint a malae fidei possessor, felel tehát a fructus percepti és percipiendiért is, de nem felel a fructus ex persona dominiért, a miért pedig a malae fidei possessor felel, t. i. azokért a gyümölcsökért, a melyeket a rendes pater familias által húzható gyümölcsökön kivül a tulajdonos húzhatott volna. Ha tehát a dolog, pl. circusló, én mint bonae fidei possessor a litis contestatio után sem tartozom megtériteni azt, a mit a circustulajdonos közben, t. i. a litis contestatio után a lóval szerezhetett volna, holott a rosszhiszemű tulajdonos ezzel tartozik. De bár a jóhiszemű birtokos a litis contestatio előtt semmi gyümölcsért sem felel, mégis az ez időből még exstantes fructust restituálni tartozik, tartozván ezek is a causa reihez.

Felperesnek ezen igényével szemben már most alperes kétféleképen védekezhetik: tagadással és kifogással. Tagadhatja először is azt, hogy ő birtokos. Ha azonban ily esetben kisül, hogy hamisan tagadott, a dolog birtokát ráruházzák felperesre a tulajdonra való

tekintet nélkül. Tagadhatja masodszor a felperes tulajdonjogát. Ezt úgy is teheti, hogy a magáét állítja, magát állítja tulajdonosnak (contravindicál) és régente így is kellett (legis actio sacramento in rem, röviden legis actio per vindicationem). Alperes második fontos védelmi eszköze a kifogás. Ez lehet alaki, pl. hogy felperes keresete elévült (exceptio, helyesebben praescriptio longi, később longissimi temporis). Az anyagi kifogások a következők:

1. *Exceptio retentionis*. Régen ez nem volt meg, csak később engedték meg, hogy alperes a dolgot visszatartsa, a míg költségeit meg nem térítik. Az intézmény oka, hogy a malae fidei possessort mandatariusnak (helyesebben negotiorum gestornak) tekintették. Igy köteles lévén a dolgot jó karban fentartani, méltányos, hogy ebből kára ne legyen, t. i. a tulajdonosra előnyös beruházásokat visszakapja. A mi pedig a malae fidei possessorról áll, még inkább áll a bonae fidei-ről. Alperes tehát felperes tulajdonjogát elismeri ugyan, de exceptio dolit emel azon alapon, hogy felperes dolose jár el, mikor dolgát követeli, holott a beruházásokat még meg nem téritette, és mig felperes ezeket a beruházásokat meg nem téríti, addig a dolgot alperes visszatarthatja, ius retentionisa van. Ezek az így érvényesithető beruházások, kiadások háromfélék lehetnek. Lehetnek először *impensae necessariae*, a dolog fentartására szükséges beruházások. Ezeket minden birtokos követelheti, ezek erejéig minden birtokos élhet a ius retinendi-vel. Hogy mik ezek a kiadások, az ténykérdés. Szabály szerint a dolog vételárát nem számíthatom fel a tulajdonosnak mint ilyen szükséges kiadást, de már ha a sintértől vettem meg a kutyát, akkor igen, mert ha nem vettem volna meg, a dolog elpusztult volna. Vannak másodszor *impensae utiles*, oly kiadások, a melyek a dolog fentartására nem okvetlenül szükségesek, de azért hasznosak. Ezeknek megtérítését csak a jóhiszemű birtokos követelheti, csak ő élhet ezek erejéig retentióval, a rosszhiszemű nem. A rosszhiszemű csak annyit tehet, hogy, ha ezek a beruházások a dolog állagának sérelme nélkül elválaszthatók a dologtól, eltávolíthatja őket, ius tollendije van, de nincs ius retentionise. Vannak végül az ú. n. fényűzési kiadások: *impensae voluptariae seu luxuriosae*. Hogy valamely kiadás necessarius-e, annak obiectiv criteriuma van, a másik két kiadásnak csak subiectiv, még pedig a tulajdonosra való tekintettel itélendő meg, nem pedig a beruházó személyéből kiindulólag. Az impensae voluptariae esetében még a jóhiszemű birtokos sem élhet retentióval, neki is csak ius tollendije van, de a tulajdonos a ius tollendi-t, illetve a ius tollendi-val érvényesithető beruházásokat megválthatja annyiért, a mennyit ő ezekért kapna. Igy kunyhóban alkalmazott tapétákat ingyen kellene ott hagyni, mert ezek a kunyhó értékét semmivel sem emelték. Ezt sokan úgy fejezik ki, hogy mindent, a minek értéke nincs s így elvitele csak chicane volna, alperesnek ott kell hagynia.

2. *Exceptio servitutis, pignoris* stb. Alperes azon az alapon, hogy őt a dolgon rész-dologi jog, ú. n. idegen dologbeli jog illeti, visszatarthatja a dolgot, ha t. i. ez a részjog a dolog birtokával jár, és ezt a jogát felperes rei vindicatiójával szemben exceptio doli-val érvényesitheti.

3. *Exceptio rei venditae, donatae* stb. Alperes kötelmi (személyes) viszonyból eredő kifogásokat emelhet, hogy pl. a dolog ugyan felperesé, de neki eladta, ajándékozta stb., s így köteles volna úgy is a tulajdont rá átruházni, tehát dolose jár el, a mikor mégis követeli a dolgot: dolo petit, qui petit, quod mox redditurus est.

Jegyzet. A rei vindicatio condemnatiója, mint minden condemnatio a formularis per korában csak pénzre szólott. Ha tehát felperes naturalis szolgáltatást akart, a praetor a formulába beillesztette a clausula arbitrariat . . . nisi tuo arbitratu restituisset . . ., melynek alapján a biró kibocsátotta az arbitrium de restituendot, és csak ha alperes ennek eleget nem tett, tért át a biró a pénzbeli marasztalásra, melynek nagyságát felperesnek ius iurandum in litem-je alapján, becslő esküje alapján határozta meg.

II. **Negatoria in rem actio**. Ezzel a tulajdonos az ellen él, ki őt a dolog tulajdonában gátolja, ki tulajdonjogát bizonyos irányban sérti. (Persze mint birtokos az illető interdictumokkal, mint jóhiszemű birtokos a Publiciana actióval is élhet, de mint tulajdonos ez esetben őt a negatoria actio illeti meg.) Felperesnek tehát a maga tulajdonjogát és azt kell bizonyítania, hogy alperes ezt a tulajdonjogot háborgatta. Azt hogy alperesnek erre a háborgatásra joga nincs, neki bizonyítania nem kell, az vélelmeztetik, míg alperes az ellenkezőt be nem bizonyítja. Sokáig az ellenkező vélemény volt uralkodó, mert a formula intentiója negative volt formulázva (innen negatoria actia): „si paret Numerii Negidii ius non esse" s igy azt mondták, hogy mint mindent az intentióban, úgy azt is felperesnek kell bizonyítania, hiszen ő állitja, hogy alperesnek az ő dolgára behatni joga nincs. Ez helytelen. Már csak azért is, mert ha a rei vindicatio esetén, mikor pedig a teljes tulajdon van megsértve, mikor a tulajdonos egyáltalában nincs birtokban, felperes csak a maga tulajdonát és annak megsértését (ott t. i. alperes birtokát) tartozik bizonyitani, még inkább elegendő ez a bizonyitás itt, a hol a tulajdonjog csak partialisan van megsértve, és a hol a tulajdonos még birtokban is van.

A negatoria actio petituma: a tulajdonos jogának elismerése, a zavarás megtiltása, eddigi zavarásért adandó kártérités és biztositékadás további zavarás megszüntetésére (cautio de amplius non turbando).

Az actio negatoria rendesen negative van megfogalmazva, innen neve is. Beszélnek *actio prohibitoriáról* is, ez t. i. a negatoria actiónak oly formulája, melynek intentiója nem tagadó, hanem állító. Pl. Si paret Aulo Aggerio ius esse prohibendi Numerium Negidium ire agere.

III. FEJEZET: A BONAE FIDEI POSSESSOR JOGA.

89. §. A bonae fidei possessio.

A tulajdonosnak a perben tulajdonát kellett bizonyitania, illetőleg azokat a tényeket, melyekből erre következtethetni. Ennek bizonyítása nagyon nehéz. Ha pedig tulajdonát be nem tudta bizonyitani sem az által, hogy auctora is tulajdonos volt, sem az által, hogy a dolgot már elbirtokolta, akkor bár tulajdonos volt, védtelen maradt volna, ha csak a rei vindicatio és negatoria in rem actio állt volna rendelkezésére. Ez a két kereset, vagyis a tulajdonjog védelme a tulajdonosnak nem elegendő. Kellett oly védelem is, a melynél az auctor jogát nem, hanem csak a szerzési tényt kell bizonyitani, és a mely megvédjen minden harmadik kevésbbé jogosult ellen. Mivel pedig az elöd jogától eltekintettek, akkor is védtek, ha elődöm, nemcsak hogy bebizonyitható joggal nem, de semmiféle joggal sem birt, vagyis én nem voltam tulajdonos. Ez az intézmény tehát nemcsak a tulajdonosnak, hanem másnak is, a ki csak tulajdonszerző tényt tudott bizonyitani (ú. n. jóhiszemü birtokos), védelmére szolgált. Sőt idővel a szerzési tény bizonyitása is elengedtetett, maga a birtokos mint ilyen védetett, birt jogokkal (l. Birtok.) A dologra irányuló teljes hatalom védelmében tehát három fokozat van: 1. *Tulajdon;* a védelmére szolgáló kereseteknél bizonyitandó a szerzési tény, és ha ez származékos, akkor az elöd joga is. 2. *Jóhiszemü birtok*; a védelmére szolgáló keresetnél (Actio Publiciana in rem) csakis a származékos szerzésmód (titulus) bizonyitandó. 3. *Birtokjog*, a védelmére szolgáló kereseteknél (interdictumok) csakis a birtok ténye, a birtokállapot bizonyitandó. A második és harmadik joggal a törvényhozó tulajdonképen a tulajdonoson akart segiteni, de kénytelen belenyugodni abba, hogy a nem-tulajdonos is élvezze.

A római jog abból az elvből indul ki, hogy ha bármennyire jóhiszemü vagyok is, ha elődöm nem volt tulajdonos, én sem szerzek tulajdont, viszont, ha elődöm tulajdonos, megszerzem én is a tulajdonjogot, bármennyire gondolom is, hogy auctorom nem tulajdonos. Tehát plus est in re, quam in existimatione mentis. Már a mai jog ad tulajdont, bár az auctor nem volt az, így osztr. polg. törvk. 367. §., magyar keresk. törv. 299. és 300. §§. Vagyis a mai jog a jóhiszemü vevőt absolute, mindenkivel szemben védi. Nem így a római jog. De a római jog sem hagyhatta védtelenül a jóhiszemü vevőt, birtokost, oly harmadik ellen, a kinek a dologra semmi jogczime sincsen. Ezért a római jog is ad neki keresetet egy pár személy kivételével, mindenki ellen. Ilyen módon a jóhiszemü birtok külön absolut joggá lett. (A jóhiszemü birtok elnevezés voltaképen helytelen, mert nem a jóhiszemü birtok volt a jog alapja, hanem a iustus titulus, a tulajdonszerzésre alkalmas szerzésmód. Némelyek

jóhiszemű birtok helyett a jogszerű szerző jogának, mások a vélelmezett tulajdonos jogának nevezik.) Azt a keresetet, a melyet a jóhiszemű birtokos nyert, állítólag valami Publicius praetor hozta be (innen neve Actio Publiciana) a res mancipi-knek hibás mancipatio vagy traditio útján való szerzésének védelmére, röviden a bonitar tulajdon védelmére (l. fentebb a tulajdon fajainál). Idővel, midőn a res mancipi és nec mancipi féle megkülönböztetés, vele a bonitar-tulajdon is megszünt, az actio Publiciana az olyan tulajdonszerzést védte, a mely hibás, vagy mert az auctor nem volt tulajdonos, vagy mert nem volt elidegenitési képessége. Ez a kereset voltaképen nem volt más, mint rei vindicatio, illetve negatoria in rem actio, bővítve azzal a fictióval, hogy felperes már elbirtokolta a dolgot. A kereset tehát honoraria, még pedig fictitia és természetesen in factum concepta actio volt, mert hiszen felperes a szerzés tényére hivatkozott csak, joga (már t. i. ius civile szerint) nem volt. De ezt a Publiciana actiót a jogszerű szerzőnek (jóhiszemű birtokos) a praetor nem mindenki ellen adta, hiszen különben tulajdonos lett volna, hanem csak azzal szemben, a kinek az övénél kisebb joga volt.

A bonae fidei possessio tehát absolut jog, mely mindenki ellen fordul, ki ezt a jogot sérti (a dolgot birtokolja, vagy bizonyos irányban használja) és kevesebb joga van, fordul pedig utilis rei vindicatióval, illetve utilis negatoriával, egy néven Publiciana actióval.

A *bonae fidei possessio keletkezik* minden tulajdonszerzési tény által, még akkor is, ha a szerzőtől nem ismert menthető hibája van, vagyis valahányszor a szerző a *condicio usucapiendibe* jut. Ezért némelyek a bonae fidei possessio joga helyett a conditio usucapiendi jogáról szólanak. A jóhiszemű birtok szerzésének kellékei tehát: iustus titulus, mely putativus is lehet és a possessio megszerzése (apprehensio). Idővel a bonae fidei possessio jogát akkor is meg lehetett nyerni, a mikor a tulajdonszerzés már nem járt birtokkal pl. az ex lege tulajdonszerző vagy a legatarius per vindicationem. Hogy ez is megnyerte a bonae fidei possessio jogát (itt a név tényleg lucus a non lucendo), ez a glossatorok, Windscheid és a praxis nézete. Dernburg az ellenkezőt állítja. Tehát az uralkodó tan szerint már csak a iustus titulust kell joga igazolására a bonae fidei possessornak bizonyítania, a mivel szemben alperes a mala fidest és a res inhabilis voltát bizonyíthatja. Ha ezt alperesnek sikerül bebizonyítania, nincs bonae fidei possessio, mert nincs condicio usucapiendi sem. Megjegyzendő azonban, hogy mig a mala fides superveniens a kánonjog szerint az elbirtoklás szempontjából nocet, a jóhiszemű birtok jogának szempontjából még a kánonjog szerint sem árt, mert hiszen a Publiciana actio nem a tulajdonos ellen fordul, mint az elbirtoklás, hanem csak a harmadik kevésbbé jogosult ellen fordul, és ezzel szemben a védelem még mala fides superveniens esetében sem tagadható meg.

A bonae fidei possessio változásai ugyanazok, a melyek a tulajdont változtató tények is.

Megszünési módjai is ugyanazok. De mig a tulajdonom az által, hogy más megszerzi, az én személyemben megszünik, addig a bonae fidei possessio esetleg fenmarad.

A bonae fidei possessio védelmére a *Publiciana actio vindicatoria és negatoria* szolgál. Indithatja valamely dolognak a jóhiszemű helyesebben jogszerű szerzője a dolog birtokosa ellen, kivéve, ha ez a birtokos a dolognak tulajdonosa, vagy ha szintén bonae fidei possessor. Ha a birtokos alperes tulajdonos is, akkor a Publiciana actio ellen *exceptio iusti dominiivel* él, melyet azonban felperes, ha auctora épen alperes volt, *replicatio rei venditae* (*donatae*) *et traditaevel* üthet el. Ha a birtokos alperes szintén bonae fidei possessor, akkor meg kell különböztetni, vajjon ugyanazon auctortól nyerte-e bonae fidei possessióját, mint felperes? Ha igen, úgy megint az a kérdés, előbb nyerte-e vagy később? Ha előbb a potior iure qui prior tempore elvénél fogva excipiendo visszaütheti a Publicianat. Ha azonban később nyerte, el fog marasztaltatni. Már abban az esetben, ha nem ugyanazon auctortól szerezte jogát, a melior est condicio possidentis elve érvényesül és így tekintet nélkül az időrendre, visszautasíthatja felperes Publiciana actióját. A Publiciana actióval szemben azonkivül ugyanazok az exceptiók emelhetők, a melyek a rei vindicatio, illetve negataria ellen emelhetők. A Publiciana petituma: a birtokhoz való jognak elismerése, a pertárgynak cum omni causa restituálása felperes kezéhez.

A bonae fidei possessor védelme az alperesi állásban az *exceptio rei venditae* (*donatae* stb.) *et traditae*, a mely nem egyéb, mint a Publiciananak exceptio formájában való felhozatala.

Megjegyzés: Mint már előbb kifejtettük, következetesen most a birtokjog tárgyalásának kellene következnie, de szintén kifejtett okokból ezt már az alapintézményt, t. i. a tulajdont megelőzőleg tárgyaltuk.

IV. FEJEZET. SZOLGALMI JOGOK.

90. §. A szolgalmi jog fogalma és fajai.

Idegen dolgot én használhatok a nélkül, hogy a dolognak minden irányban való felhasználására volna szükségem, — nekem a dologra csak egy irányban van szükségem. Ha már most a iura in re aliena (l. 53. oldal) nem léteznének, meg kellene szerezni a dolog tulajdonát, hogy a dolgot a szükséges egy irányban használhassam, az pedig azért az egyoldalú élvezetért igen nagy ár volna. Ha pl. nekem, hogy a magam telkére juthassak, át kell mennem egy idegen telken, csak nem lehet tőlem azt megkivánni, hogy ezt az idegen telket ezért megvegyem. A másik módja, hogy az idegen

dolog bizonyos irányban való használhatását, az idegen telken való átjárást magamnak biztositsam, az lehetne, hogy az illető dolog, a telek tulajdonosával kötelmet alapitok, kötelezem őt, hogy tűrni fogja mindenkor, hogy én az ő dolgát abban az irányban használjam, hogy én a telkén átjárjak. Ez a kötelmi jog azonban nem elég biztosíték, mert a kötelem csakis a speciális kötelezettel szemben biztosít, mással szemben nem. Ha másvalaki akar engem az átmenetelben megzavarni, kötelmi jogom alapján nem léphetek fel ellene. Hogy ne kelljen tulajdont szereznem és másrészt, hogy mégis ép oly biztos, ép úgy védve legyek mindenkivel szemben, mint hogy ha tulajdont szereztem volna, erre valók a iura in re aliena. Ezek is absolut jogok, a jogosult mindenkivel szemben védve van, de nem oly irányban mint a tulajdonos, hogy rajta kivül arra a dologra senkinek sem szabad behatnia, hanem csak oly irányban, hogy senkinek sem szabad őt a dolognak egy bizonyos nem teljes használatában zavarni. A iura in re aliena tehát absolut részjogosultságok.

Justinianus a maga institutioiban csak egy idegen dologbeli jogot emlit: a szolgalmat, a servitust. Az a név, a melylyel a római jog a szolgalmat jelöli, voltaképen ráillik minden idegen dologbeli jogra, mert mindegyiknél az idegen dolog bizonyos tekintetben servit. Egy dolog le van kötve, ép úgy, mint a rabszolgaság esetében le van kötve az ember (innen a név). Ez utóbbi esetben servitus hominisről beszélünk, az előbbiben servitus reiről, röviden servitusról. Ez tehát voltaképen minden idegen dologbeli jog. Minthogy azonban a régi római jog az egész respublicán keresztül csak a szolgalmat, az idegen dologbeli jogoknak ezt az egy faját fejlesztette ki, azért csak ezt nevezték servitusnak. A többi idegen dologbeli jog új nevet kapott.

A servitus, szolgalom absolut jog, melynek tartalma az, hogy egy dolgot, a mely nem az enyém, bizonyos irányban használhatok és védve vagyok mindenkivel szemben olyképen, hogy mindenkinek, úgy a dolog tulajdonosának, mint mindenki másnak, meg van tiltva, hogy engem a dolog ilyetén használatában zavarjon. Ha mégis zavar, én őt beperelem (actio confessoriával), őt eltiltják a további zavarástól és káromat is meg tartozik téríteni.

A rómaiaknak a nemzetgazdaság iránt nagy érzékük volt. Ők kiérezték, hogy ezekkel a részjogositványokkal nagyon csínján kell bánni, ilyen jogokkal a tulajdont derűre-borúra elönteni nem tanácsos, mert az eredmény az lesz, hogy az idegen kézben levő tulajdon teljesen elértéktelenedik. Ha egy dolgon 30—40 jogositvány van, a melyet onnan absolute nem lehet eltávolítani, akkor a tulajdonos inkább túl fog adni a dolgán. De vevő sem igen fog akadni, mert a szolgalmasokkal szemben ő is kötelezve marad. Így a sok szolgalom a dologra teherként nehezednék. A nemzetgazdaság elve az, hogy a maga dolgát mindenki maga tudja legjobban felhasz-

nálni. Az idegen embernek a maga részjogosultságánál az érdeke nem az lesz, hogy a dolog értéke ne csökkenjen, hanem az, hogy ezt az ő jogosultságát minél jobban kihasználja. Ma pl. épen ebből a szempontból nem szeretik a rövid bérletet. És ugyanebből a szempontból nem engedi meg a római jog a iura in re aliena terén a jogositványokat ilyen széles terjedelemben, hanem criteriumokat állít fel. Ezt a nemzetgazdasági elvet a középkorban nem érvényesitették és ezért a german jogok és azok alapján a legújabb időkig az összes európai jogok, kivéve a római jogi területet, megengedik az idegen dolgoknak, különösen ingatlanoknak számtalan irányban való megterhelését. A középkorban az a kép tárúl elénk, hogy az ingatlan majdnem értéktelenné lett, úgy, hogy arra realis hitelt nem is lehetett kapni. Csak az újabb törvényhozások tudták az ingatlannak részben törlésekkel, részben megváltásokkal újból megadni a szabadságot és már a mi codificationalis tervezetünk megint csak lehetőleg kevés számú megterhelést akar elismerni, tehát visszatér a római jogi álláspontra. A criteriumok, a melyeket a római jog szem előtt tart, különbözők a szerint, a mint a szolgalom ingó vagy ingatlan dolgon áll fenn, és ismét mások a szerint, a mint a szolgalom örök időre vagy csak korlátolt időre van hivatva szólni. Korlátolt időre kisebb baj az, ha másnak a dolga erősebben van megterhelve. Ebből a szempontból a szolgalmakat két osztályba osztják fel: *servitutes praediorum* és *servitutes personarum*, telki és személyi szolgalmak. A servitutes praediorum örökké tartók, abból a czélból állanak fenn, hogy az én ingatlanom jobban kihasználható legyen, és ezért én egy idegen ingatlant terhelek meg, még pedig in infinitum, mert hiszen a mire az én ingatlanomnak most szüksége van, arra szüksége lesz 100 év mulva is. Ha az én telkemet az országúttól idegen telek választja el, szükség forog fenn ezen az idegen telken való átjárási szolgalom megállapítására. Az ilyen szolgalmaknál, a melyek egy teleknek jobb használására irányulnak, perpetua causa est. Ezekkel szemben vannak szükségletek, a melyek az én személyemre terjednek ki, a melyek legfölebb addig elégitendők ki, a míg én élek. Én az én özvegyemnek haszonélvezetet akarok adni a fiam tulajdonán. A tulajdonos a fiam, az özvegyem pedig személyes szükségleteinek kielégítésére szolgalmat nyer, a mely legfeljebb élete hosszáig tart. Az ilyen személyes szolgalom még rövidebb ideig is tarthat, pl. haszonélvezetet adok az özvegyemnek addig, míg újból férjhez nem megy.

A praediorum és personarum servitus közti különbség tehát azon alapul, hogy kinek vagy minek a javára szolgál a szolgalom. Az egyik valamely ingatlan, a másik valamely személy javára szól. De nem jelenti a szolgalmaknak ez a két főfaja azt a tárgyat, a melyre a szolgalom fennáll. Mert a servitus personarum is fennállhat, sőt a legfontosabb faja fenn is áll ingatlanon. Az azonban, hogy mi a különbséget a szerint teszszük meg, hogy kinek az ér-

dekében áll fenn a szolgalom, új nehézségekbe sodor. Azt mondtuk, hogy az a jogalany, a kinek a javára a jogokat elismerjük. Ha már most azt mondjuk, hogy a servitus praediorum a telek érdekében áll fenn, vajjon nem-e ez a jogalany? Voltak és vannak, a kik azt mondják, hogy a servitus praediorum jogi személy javára áll fenn, hogy maga a praedium dominans vagy annak a jelen és jövő összes tulajdonosai, azok képezik a jogi személyt, a kinek javára a szolgalom fennáll. Helytelen és szükségtelen mesterkedés. A servitus mindig ember javára áll fenn, még pedig a servitus praediorum esetei az uralkodó telek mindenkori tulajdonosa javára. Mindig az lesz a jogosult, a szolgalmas, a ki a teleknek a tulajdonosa.

A servitutes praediorumban mégis a jogoknak egy sajátszerű fajtájával találkozunk. Ez ugyanis oly jog, mely külön, egyedül nem szerezhető, csak egy más joggal együtt: az uralkodó telek tulajdonával. Ez a jog tehát az *accessorius jogok* osztályába tartozik. Jogok, a melyek magukban meg nem szerezhetők, hanem csak egy más jognak appendixeként. Olyan az, mint hogy ha a szemüvegesnél a szemüveg mellett kapok tokot is, A mi a dolgoknál a mellékdolog, a pertinentia, az a jogok terén a mellékjog, az accessorius jog. A ki megszerzi a telek tulajdonát, az megszerzi a telekhez fűződő telki szolgalmat is, és a telki szolgalmat csakis a telek tulajdonával együtt lehet megszerezni, úgy mint ma a váltókövetelést csak a váltólevéllel együtt.

Minthogy a telki szolgalom örökké van hivatva fennállani, ha csak később külön meg nem szüntetik, azért a római jog ezeknek a jogoknak elismerésében fölötte óvatos. Viszont a személyes szolgalmak terén, a melyek legfeljebb egy ember életéig tartanak, a római jog nem idegenkedik az erősebb megterheltetéstől sem. Ennélfogva azt lehet constituálni, hogy A. telkének teljes kihasználhatását birjam egész életemen keresztül (haszonélvezet), úgy hogy A.-nak telkéből semmi haszna sincs. Ezt a jog megengedi mint servitus personarumot. De már ilyen nagy megterheltetésnek valamely telek mindenkori tulajdonosa javára való constituálását a jog nem engedi meg.

A római jog különben a szolgalmakra vonatkozólag a következő alapelveket állitja fel:

1. *Servitus in faciendo consistere nequit, sed in non faciendo (in patiendo)*. Mindig nagyobb terhelés az, ha engem arra köteleznek, hogy én valamit csináljak, mint ha csak tűrnöm kell valamit. Az embereket valami tevésre kényszeríteni, a részleges rabszolgasággal volna egyenlő. A szolgalom tehát nem állhat abban, hogy a szolgalom tárgyának, a dolognak, tulajdonosa valamit tegyen, hanem csak abban, hogy valamit tűrjön, valamit ne tegyen, a mit különben tehetne. Megjegyzendő azonban, hogy az ennek alapján felállított szokásos definitio, hogy „a szolgalom az az idegen dolog-

beli jog, melynél fogva a tulajdonos köteles valamit tűrni, a mit különben tűrni nem volna köteles, köteles valamit nem tenni, a mit különben megtehetne" helytelen. Helytelen azért, mert nemcsak a tulajdonos van erre a tűrésre, erre a nem tevésre kötelezve, hanem mindenki. A servitus absolut jog. Hogy a ház magasabbra ne építtessék és hogy én az átjárásban ne akadályoztassam, az nemcsak a telek mindenkori tulajdonosának a kötelessége, ez a negativ kötelezettség mindenkit terhel. Hiszen másképen az nem volna absolut jog. De hát akkor miért kötöm ki a szolgalmat csak a dolognak a tulajdonosával? Azért, mert a többieknek úgy sincs joguk engem akadályozni. Ha mi a kötelezett alanyok állását tekintjük, akkor csak servitus in non faciendo, vagy patiendoról szólhatunk. Ha azonban a szolgalmat a jogosított személynek a szempontjából akarjuk jellemezni, akkor *servitus in faciendo*-ról is szólhatunk, pl. úti szolgalom esetén én átjárhatok az idegen telken, jogositva vagyok tehát valaminek a tevésére Ugyancsak a szolgalmas szempontjából *servitus habendi*ről is szólhatunk, jogom van a dolgot birlalni, pl. haszonélvező birlalja a dolgot, a melyen haszonélvezete van. A szolgalmas szempontjából harmadszor beszélhetünk *servitus in prohibendo*ról is, jogom van bárkit valaminek a tevésében, pl. házam előtt magasabb fal emelésében, megakadályozni. Minden szolgalmat tehát két szempontból kell vizsgálni: a szolgalmas és a kötelezettek szempontjából. Hogy csatornát vezethetek a szomszéd telken keresztül, az az én részemről servitus habendi, a szomszéd s egyáltalában mindenki más részéről servitus patiendi. Ilyképen a servitus patiendinek az egyik oldalon megfelel a másik oldalon a servitus faciendi et habendi (ezek *servitutes affirmativae*) a servitus non faciendinek a servitus prohibendi (ezek *servitutes negativae*). Megjegyzendő, hogy némelyek azon elv alól, hogy servitus in faciendo consistere nequit, kivételt látnak a servitus oneris ferendiben, de ez sem annyira servitus in faciendo mint inkább servitus in patiendo.

2. *Nulli res sua servit.* Senkinek sem lehet szolgalma a saját dolgán. A mi természetes is, hisz a kinek a teljes dolgon, helyesebben a dolgon teljes joga van, annak nem lehet azonfelül részjoga is. Ezért, ha a szolgalmas megszerzi a res serviens tulajdonát, akkor a szolgalom megszűnik, mert mintegy beleolvad a tulajdonjogba. Ezért mondjuk, hogy a szolgalom ilyenkor per confusionem megszünik.

3. *Servitus servitutis esse non potest.* Alszolgalmi jog (à la albérlet) nem lehetséges, valamint

4. *Per partes servitus imponi non potest.* A szolgalmi jog (kivéve az ususfructust) nem osztható.

5. *A szolgalom civiliter gyakorlandó*, azaz a szolgáló teleknek lehető kimélésével.

6. *A szolgalmak elidegeníthetlenek.* Ez azonban cum grano salis értendő. A telki szolgalmak magukban igaz, hogy nem idegeníthetők el, de már az uralkodó telek tulajdonával együtt igen, magukban tehát el nem idegeníthetők, a telek tulajdonával együtt igen. A személyes szolgalmak még így sem, mert hiszen nincsenek is kapcsolatban más dolognak tulajdonával. A személyes szolgalmak tehát iura personalissima, a melyek sem el nem idegeníthetők, sem át nem örökíthetők. Mégis az ususfructusnál, bár személyes szolgalom, a jog maga ugyan nem, de annak gyakorlása elidegeníthető.

A servitusnak fajai:

1. Történelmi szempontból fontos a civiljogi és praetori szolgalmak megkülönböztetése. A különbség ugyanaz, a mi a quiritar és bonitar tulajdon között fennáll, és ezekhez hasonlóan Justinianus idejében szintén megszünt.

2. Positiv (affirmativ) és negativ szolgalmak. Erről már szólottunk.

3. Állandó és nem állandó szolgalmak (servitutes continuae és discontinuae), a szerint a mint folytonosan vagy megszakitva bizonyos időpontokban gyakoroltatnak.

4. A főfelosztás, melyről már szólottunk: servitutes personarum és praediorum (iura rerum). Ezzel kapcsolatban meg kell emlitenünk az *irregularis személyi szolgalmakat,* a melyek oly használatot állapitanak meg, a mely a telki szolgalmaknak szokott tárgya lenni. Tárgyilag tehát telki szolgalmak (úti, vizi, legeltetési szolgalmak), a melyek azonban nem a szomszédos telek mindenkori tulajdonosához, hanem csak egy személy javára, legfeljebb annak élete hosszához vannak kötve.

91. §. A telki szolgalmak.

A telki szolgalmaknál mindig két telekről van szó: uralkodó és szolgáló telekről, praedium dominansról és serviensről, az egyik telek, a melynek javára, a másik, a melyen a szolgalom fennáll. A telki szolgalom terjedelmére a római jog a következő szabályokat állítja fel:

1. Csak *inter praedia vicina* constituálható servitus praediorum. A servitus dominans- és serviensnek tehát, ha nem is tőszomszédságban, de egymáshoz közel kell feküdnie. Az én pesti házam javára nem constituálhatok telki szolgalmat egy bicskei telekre. Csak olyan közeli telkeknél engedi meg a római jog a telki szolgalmat, a melyeknél az egyik telek kihasználása elkerülhetetlenné teszi a másik telek megterhelését. Pl. úti szolgalmat telkem javára a római jog megenged mindazon telkekre, melyek az én telkem és az országút közt fekszenek, de már Vácztól Budapestig terjedő úti

szolgalmat nem enged meg, és igen helyesen. Meg kell jegyezni, hogy az a tétel, hogy a két teleknek közel (nem tőszomszédságban) kell egymáshoz feküdnie, úgy értendő, hogy a két telek közé eső teleknek is ugyanazon szolgalommal kell megterhelve lennie. Mert ha a közbeeső telken nincs szolgalmam, nem lehet a távolabbin sem.

2. Ilyen szomszéd telkek közt is csak úgy és csak oly szolgalom constituálható, hogy a megterhelés állandóan javára váljék az uralkodó teleknek és a megterhelt telek állandóan képes legyen ezt az előnyt nyújtani. Ez az, a mit *perpetua causa*-nak neveznek. Tíz évre alapitandó malom számára vízmerítési szolgalom nem érvényes, mert csak 10 évig van rá szükség, már pedig ideiglenes czélra telki szolgalmat alapitani nem lehet. Összefügg ez még azzal, hogy

3. *Servitus vicino praedio utilis sit.* Arra tehát nem lehet szolgalma a szomszédomnak, hogy az én telkemen lawn tennis pályát nyisson. E szempontból ma sok visszaélés tapasztalható. A szolgalom terjedelmét is az uralkodó telek szükséglete szabja meg.

A servitutes praediorum kétfélék: *servitutis praediorum rusticorum* és *urbanorum*, kültelki (mezei) szolgalmak és városi (házi beltelki) szolgalmak, a szerint t. i., a mint az uralkodó telek az illető szolgalomnál mezei, vagy városi telek szokott lenni. A rómaiak, ha pusztán servitusról beszélnek, mindig a servitutes praediorum rusticorumot értik alatta, mert ezek a legrégiebbek. A mezei és városi szolgalom megkülönböztetés arra vezetendő vissza, hogy servitutes praediorum rusticorum azok, a melyek a mezei gazdasági élet körében fejlődtek ki, míg városiak azok, melyek a városban keletkeztek. A megkülönböztetési alap tehát csak históricus, mert városi szolgalom létezik falun is, míg, ha pl. Pesten átjárási szolgalmam van, ez, bár városban van, mégis mezei szolgalom.

A legfontosabb *mezei szolgalmak* ezek:

a) Úti szolgalmak: *iter*, út a szomszédom telkének határszélén, gyalogösvény, a melyen járhatok, lovagolhatok; *actus*, marhacsapás, barom- és kocsihajtás joga, persze qui actum habet, et iter habet, azaz sine iumento is átjárhat a telken; *via*, csinált út a szomszédom telkén, magában foglalja úgy az iter mint az actus jogát; *servitus navigandi*, a jog, hogy idegen tavon áthajózhatom, hogy telkemre jussak.

b) Vízi szolgalmak: *aquae ductus*, vízvezeték joga, tehát szomszédom telkén csövek lerakásának joga; *pecoris ad aquam apulsus*, a barmomat a szomszédom telkén itathatom; *aquae haustus*, vízmerítés joga; *servitus aquae educendae s. immittendae*, a szomszédom telkére lebocsáthatom a vizet az én telkemről, tehát az aquaeductus megfordítottja.

c) Legeltetési szolgalmak: *servitus pascendi s. pascui.*

d) Egyéb szolgalmak: *ius* (ius per eminentiam servitust jelent) *silvae ceduae* (favágási jog, *cretae eximendae*, *lapidis eximendi*, *arenae*

fodiendae, calcis coquendae stb. (l. 320 o.) Megjegyzendő, hogy csak egy kültelki szolgalom van, a mely servitus negativa, t. i. az a szolgalom, hogy szomszédom a maga telkén nem kutathat vizet, hogy így az én telkem vízállománya ne szenvedjen alatta.

Városi (házi, beltelki) szolgalmak a következők:

a) Átépítési vagy beépítési szolgalmak: *servitus tigni immittendi*, szomszédom köteles tűrni, hogy házamnak egy kiálló részét, gerendáját, az ő házába betoljam, beépítsem; *servitus oneris ferendi*, szomszédom tűri, hogy házamat az ő falára, czölöpjeire támaszszam (ezzel együtt a szomszédomnak az is kötelessége, hogy ha ez a fal, vagy czölöp, melyre házam támaszkodik, megrongálódik, ő azt kijavíttassa); *servitus protegendi*, az a jog, hogy tetőmnek egy része (suggrunda), *servitus proiiciendi*, házam erkélye stb. nyúlhat át szomszédom telke fölötti légűrbe.

b) Vízlefolyási, füst- és gőzlevezetési szolgalmak: *servitus stillicidii* (recipiendi, immittendi, avertendi), jog arra, hogy az esővíz az én tetőmről a szomszéd telkére lecsöpögjön vagy megfordítva; *servitus fluminis*, az esővizet az ereszből összegyűjtve bocsáthatom szomszédom telkére; *servitus cloacae immittendae*, a tisztátalen vizet csatornában bocsáthatom szomszédom telkére, vagy vezethetem azon át; *servitus fumi immittendi*, a füstöt (persze nagyobbszerüt) átvezethetem a szomszédom telkére (kisebb, rendes füstöt ő úgyis köteles eltűrni; l. a tulajdon határaival); *servitus latrinae s. sterculini* közvetlenül szomszédom telke mellett szemétgödröt tarthatok stb.

c) Világossági és kilátási szolgalmak: *servitus altius non tollendi*, megakadályozhatom szomszédomat abban, hogy bizonyos magasságon túl építkezzék, hogy a világosságtól vagy a kilátástól az én házamat meg ne foszsza; *servitus ne luminibus officiatur*, hogy szomszédom semmikép se változtathassa meg a telkemre eső világosságot; *servitus ne prospectui officiatur s. prospiciendi*, szomszédom a telkemről élvezhető kilátást ne zavarhassa; *servitus fenestralis* (luminis immittendi s. luminum), szomszédom falán ablakot üthetek, a melytől ő a világosságot meg nem vonhatja.

Megjegyzendő, hogy az oly városok, melyek statutumai kifejezetten elrendelik, hogy pl. szomszédom köteles legyen esővizemet, füstömet befogadni stb., ott erre irányuló szolgalomra nincs szükség. Ott a szolgalom épen abban fog állani, hogy ő ne legyen köteles ezt eltűrni, hogy ő magasabbra építhessen stb.

92. §. A személyes szolgalmak.

A személyes szolgalmak nem azért neveztetnek személyeseknek, mintha személyen állanak fenn, hanem mert közvetlenül személy javára állanak fenn. A telki szolgalmak is személy javára állanak ugyan fenn, de csak közvetetten meghatározva az uralkodó

telek tulajdona által. A telki szolgalom örökletes jog, a személyes tisztán a személyhez tapadó, tehát nem örökletes jog. A különbség a telki és személyi szolgalmak közt az, hogy 1. ez közvetlenül, az közvetve illeti meg a személyt; 2. ez csak a személy élete végéig tarthat, más személyre át nem ruházható, míg a telki szolgalom a telek tulajdonával együtt átszáll a telek mindenkori későbbi tulajdonosára; 3. a személyes szolgalom tartalmára nézve az idegen dolognak sokkal intensivebb kihasználására irányul, mint a telki szolgalom. A személyes szolgalom annyira kiterjeszthető, hogy minden haszon, a mely abból a dologból húzható, a dolog minden gyümölcsei a szolgalmast illessék. A kihasználás foka szerint három fajtáját különböztetjük meg a személyes szolgalomnak: az *ususfructus*, haszonélvezet, a legerősebb, *usus*, használat, a leggyöngébb, középső fok: *habitatio*, *operae servorum* és *animalium*.

I. Az ususfructus az idegen dolognak legintensivebb kihasználására irányul. Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Én jogosítva vagyok az idegen dolgot magát is használni, annak összes gyümölcseit is felhasználni, még pedig salva rerum substantia, azaz úgy, hogy magát az állagot, a substantiát el ne fogyaszszam. A gyümölcsöt a perceptio által szerzem meg, ettől a pillanattól fogva az én tulajdonommá lesz, de már örökösömnek nincs joga percipiálni a gyümölcsöket, még ha én ültettem is a fát, én vetettem be a földet, mert az ususfructus át nem örökíthető. Az usufructuarius, a haszonélvező a dolog hasznát, gyümölcsét nem a tulajdonossal együtt, hanem kizárólagosan húzza, mig pl. a servitus calcis coquendaenál a tulajdonosnak is van joga meszet égetni. Az ususfructusnál a gyümölcs, a kamat kizárólag az enyém, míg a tőke, az állag tulajdona, a mera proprietas a tulajdonosnál marad. Iustinianus azt mondja, hogy a szolgalom ius est in corpore, tehát a dolog megszüntével megszünik a rajta fennálló tulajdonjogon kivül a szolgalom is. Kérdés, vajjon a szolgáló dolog tulajdonosa megszüntetheti-e a dolgot. Nem, ő nem semmisitheti meg a dolgot. Másra átruházhatja, de ez is köteles a szolgalmat eltűrni, hiszen ezért absolut jog. Ha valaki a szolgáló dolgot mégis megsemmisiti, a szolgalom természetesen megszünik, de a szolgalmasnak a dolog megsemmisitőjével szemben kártérítési igénye van.

Létezik ususfructus fundus, aedes, servus, iumentum stb. fölött. Az ususfructus aedium pl. abban áll, hogy a ház jövedelmét, a lakbért húzom, magam is lakhatom benne, szóval húzom a ház *fructus civilisét*. A fructus civilis ellentéte a *fructus naturalis*, a mit a dolog természeti erők folytán hoz létre: a tehén borja, a kőbánya köve. Ez utóbbi szintén fructus, bár nem organikus erőproductuma a tőkedolognak. Ha én a bányából a követ kivágom, akkor azt tulajdonképen a salva rerum substantiá megsértésével teszem. Mégis fructusról beszélünk, mert a bányának gazdasági rendeltetése az,

hogy az egyes részek kivétessenek és mert a részek kivétele roppant lassan fogyasztja a tőkét. Ezért a bánya még res non consumptibilis, azaz oly dolog, mely a használat által csak igen lassan semmisül meg.

Ususfructus esetén nemcsak magam használhatom a dolgot, hanem a használatot másnak is átengedhetem akár pénzért, akár ingyen, az összes gyümölcsöket szedhetem, eladhatom őket, elajándékozhatom, sőt magát a gyümölcsszedést is eladhatom és elajándékozhatom. De nem adhatom el a jogot, a mi abban nyilvánul, hogy halálommal megszünik a jog, még ha el is adtam a gyümölcsszedést. Maga a jog át nem ruházható, hanem csak a gyakorlása. Ez a gyakorlás persze a bonus vir arbitrusának megfelelő kell hogy legyen. Az ususfructus gyakorlása feltételezi, hogy a haszonélvezőnek a dolgon birlalata legyen.

E jogosultságokkal szemben a haszonélvezőt kötelezettségek is terhelik. Minthogy ő húzza a dolognak minden hasznát, ő viseli annak minden terhét is. A jó családapa gondosságával tartozik eljárni, ezért culpa levisért is felel. Az ususfructus idejének leteltekor a dolgot oly állapotban kell visszaadnia, a milyenben ő azt átvette. A haszonélvezet tárgya tehát csak oly dolog lehet, a melynek állaga a használat és gyümölcsöztetés által nem csökken, vagyis res non consumptibilis, el nem használható dolog. Maga a visszaadási kötelezettség ma magától értetődik, vi legis terheli a haszonélvezőt. A római jogban csak akkor terhelte ez a kötelezettség, ha ezt külön megigérte, ha ő erre magát egy stipulatióban kötelezte. Ez a kötelezés, ez a stipulatio volt *a cautio usufructuaria*. Csakhogy ilyen cautio kötése nem volt az ő szabad tetszésére bizva, ő ezt köteles volt kötni (141. oldal).

Meg szoktak különböztetni *ususfructus causalis s. coniunctust formalis seu separatustól.* Az előbbi a tulajdonosnak saját dolgán való használati, gyümölcsöztetési joga, tehát nem szolgalom, helytelenül neveztetik tehát ususfructusnak, ezzel csak az ú. n. formalis, vagy separált haszonélvezet nevezhető. Beszélnek *ususfructus legalis*-ról, a melylyel a vi legis keletkező haszonélvezeteket jelölik.

Az ususfructussal gazdaságilag kapcsolatos az ú. n. *quasi ususfructus*, jogilag azonban egészen más. A quasi ususfructus olyan ususfructus, mint a milyen quasi ló a bicycle. Egészen más valami, sőt bizonyos tekintetben ellentéte az ususfructusnak. Az ususfructus criteriuma a salva rerum substantia — maga a dolog a haszonélvezetbe adóé marad. Ellenben a quasi ususfructusnál magának a dolognak a tulajdonát kapom meg, csak azzal a kötelmi kötelezettséggel, hogy annak idején, a mikor a viszonynak vége lesz, tartozom tantumdem eiusdemque generis, ugyanannyi és ugyanolyan dolgot visszaadni. Pl. ha én a boros pincze quasi ususfructusát nyerem meg, akkor én megkapom a bor tulajdonát, de a quasi haszonélvezet leteltével köteles vagyok a velem szerződő félnek (obligatorius

viszony van csak köztünk) restituere tantum eiusdem generis. Arra, hogy a haszonélvező a dolog tulajdonát is megnyerje, persze csak akkor lesz szükség, ha a szolgáló dolog res consumptibilis, elfogyasztható dolog. Az ilyen dolognál salva rei substantiáról szó sem lehet. A quasi ususfructus tehát a következő viszony: A. B.-nek egy bizonyos mennyiségű consumptibilis, elfogyasztható, elhasználható dolgot ad át azzal, hogy ezek a dolgok a B. tulajdonába menjenek át és hogy annak idején, legkésőbb a B. élete fogytával, ez ugyanennyi és ugyanilyen dolgokat adjon vissza. Elfogyasztható dolgok nem adhatók ususfructusba, csak quasi ususfructusba.

Physikai szempontból minden dolog elfogyasztható. Az tehát csak quantitativ különbség, a melyet ezzel a névvel jelölünk. Res consumptibilis azok, a melyek különösen gyorsan fogynak, szemmel láthatólag, egyszeri használat által: quae usu consumuntur, tehát első sorban, a miket megeszünk, mert azok czéljuk szerinti egyszeri használat által elfogyasztatnak. A gyertyánál a fogyaszthatóság már nem oly szembetűnő. Justinianus az elfogyasztható dolgok közé sorozza a vestimenta-t, a ruhákat is. Ezt némelyek esculentának olvassák és a ruhákat nem tartják elhasználható dolognak. Az elfogyasztható dolgok közé, a római jog szerint, tartozik más értelemben a pénz is, bár a pénz épen azért pénz, mert kevésbbé kopik. De a pénz annyira nem ismerhető fel egyedileg, hogy a pénzegyed, az egyes pénzdarab, ha egyszer kiadtam, olyan, mintha egyénileg megszűnt volna létezni. Másrészt meg a pénznek épen az a rendeltetése, hogy kézről kézbe kerüljön, rendeltetése tehát a kiadás, vagyis a kiadó számára való megszűnés. Ezért mondták a rómaiak, hogy a pénz is res consumptibilis. A pénz addig van meg, mint individuum, míg ki nem adtam, ha egyszer kiadtam, már consumálva van. (Az elhasználhatóságot meg kell különböztetni a helyettesíthetőségtől. A kettő rendesen egybeesik, de nem ugyanaz. *Helyettesíthető (fungibilis)* az a dolog, a melyre a forgalomban egyedileg nem szoktunk súlyt helyezni. Nem azt nézzük, hogy ezt az egyedet kapjuk-e, hanem csak azt kérdezzük, mennyi van belőle, nem azt, hogy melyik van belőle. Ez nem természettudományi megkülönböztetés, hanem merőben practikus. Tehát azok a helyettesíthető dolgok, melyeknél a massa teszi, quae numero, pondere et mensura szerepelnek. Nem helyettesíthető dolgok ellenben, a hol az individuumra szokás a súlyt helyezni, pl. ha képet vásárolok, nem mindegy, melyik az. Igen gyakran a helyettesíthető dolog egyúttal elhasználható is, pl. a pénz. Már a kavics helyettesíthető dolog ugyan, de el nem használható. Ép úgy azt sem lehet mondani, hogy minden elhasználható dolog helyettesíthető is, mert pl. valami ritka almapéldány elhasználható ugyan, de nem helyettesíthető.) A res consumptibiles azok, a melyek a quasi ususfructusnak a tárgyai. Ezekre a dolgokra nézve ususfructust constituálni nem lehet, mert ezeknek valódi gyümölcseik nincsenek, ezeknek csak úgy lehet hasznát venni, ha

a substantia felhasználása is megengedtetik. De akkor már nem lehet ususfructusról szó. Ezeknek használatba adása nem szolgalmi jog, hanem kötelmi jogi contractus és kettőből van összetéve: először, tulajdonba való átadás és másodszor az új tulajdonos részéről azon kötelem elvállalása, hogy annak idején, a mely idő az ő életénél hosszabb nem lehet, nem ugyan a dolgot, de tantumdem eiusdem generist fog visszaadni. Az igazi ususfructusnál az eredeti tulajdonosnak a tulajdona megmarad, a quasi ususfructusnál csak kötelmi joga marad. Az igazi ususfructusnál a haszonélvezetet nyújtó bármikor visszakövetelheti a dolgot, tulajdonos lévén. (Igaz, hogy a haszonélvező actio confessoriával ismét visszaszerezheti a dolgot, sőt a rei vindicatiót, negatoria actiót exceptio dolival vissza is ütheti.) A quasi ususfructusnál ellenben a quasi ususfructust adó az előre kikötött idő leteltéig semmit sem követelhet. Kötelmi joga mindjárt van, de csak platonikus joga, míg obligationis dies cedit, de már a határidő leteltével, mikor obligationis dies venit követelhet is.

Mikor számomra ilyen quasi ususfructust constitual valaki, akkor még nagyobb szükség van arra, hogy én őt biztositsam, hogy neki ugyanennyit és ugyanilyet vissza fogok adni. Mert az ususfructusnál az ususfructus megszüntével, ha külön cautio usufructuaria nincs is köztünk, ő rei vindicatióval élhet és így is megkapja a dolgát, a quasi ususfructusnál ez a keresete nincs meg. Ezért itt feltétlenül szükség van a cautio usufructuariára, stipulatióra vagy más realis biztositásra, kezes állításra.

A quasi ususfructushoz szokás számitani az *ususfructus nominumot*, a követelések feletti haszonélvezetet is. Ezt a követelés alanya, tehát a hitelező magának az adósnak adhatja. Ez esetben ennek a haszonélvezet ideje alatt sem a tartozást, sem a kamatokat fizetnie nem kell, de cautiót kell adnia, hogy annak idején fizetni fog. Ha a hitelező nem az adósnak, hanem harmadik személynek ad haszonélvezetet a követelésre, akkor ez a cautio adása után jogot nyer arra, hogy a tőkét behajtsa, a fölött rendelkezzék, viszont az idő leteltével restituálni tartozik és felel minden veszélyért. Ha csak a kamatokra nyer haszonélvezetet, akkor a követelést be nem hajthatja ugyan, de a restituálás kötelezettsége és a veszélyért való felelősség sem terheli.

II. **Habitatio, operae servorum et animalium.** Justinianus szerint a habitatio az ususfructustól quantitative különbözik. Míg a haszonélvező nemcsak maga használhatja a dolgot, hanem a használatot pénzért vagy ingyen át is ruházhatja, addig a habitatio esetén a házat csak maga lakhatja és pénzért ruházhatja át a lakás jogát, de ingyen nem ruházhatja át. Qualitative ez a három szolgalom a többi személyes szolgalomtól abban különbözik, hogy sem non usus, sem capitis deminutio által meg nem szűnik.

III. Usus. A személyes szolgalmak közt a legalsóbb helyet foglalja el. A szolgalmas csak maga használhatja a dolgot, csak

annyi gyümölcsöt szedhet, a mennyire neki személyes használatra szüksége van. Sem jogát, sem annak gyakorlását másra át nem ruházhatja, a dolog terheit a használat arányában viseli és cautio usuariát köteles adni. Ha valakinek egy ház usussa van hagyományozva, akkor nemcsak maga lakhatja családjával együtt, hanem vendégeket és pensionariusokat is fogadhat. Ha a proprietarius (a tulajdonos) valakinek usust ad, de a fructust, a gyümölcsöztetést magának tartja fenn, akkor ezt a fructust sine usu harmadik személyre ruházhatja. De fructust úgy ruházni másra, hogy az usust a tulajdonos tartsa meg, nem lehet.

93. §. A szolgalmak keletkezése.

Szolgalmat a régi ius civile szerint külön szolgalomkeletkeztető tényekkel szerezni nem lehetett. Szolgalmat csak úgy lehetett szerezni, mint tulajdonjogot: mancipatio, in iure cessio és usucapio által. A tulajdonjognál az első kettő már Justinianus előtt megszünt, a servitusnál megszünt mind a három.

1. *Mancipatio* által csak azokat a szolgalmakat lehetett nyerni, a melyek res mancipi, tehát a régi mezei szolgalmakat, az úti és vízi szolgalmakat (az aquae haustust kivéve). A később keletkezett szolgalmak keletkeztetése a ius civile szerint nem mancipatio, hanem *in iure cessio* által történt. Már ez is mutatja, hogy az in iure cessio későbbi, mint a mancipatio. Ezek az ügyletek csak római polgárok között voltak lehetségesek és csak oly telkekre nézve, melyek rómaiak, később a latiumbeliekre és végül az italiaiakra is. Már a solum provincialere nem terjedtek ki. Ugyanily korlátok között mozog az

2. *usucapio*. A servitust el lehetett birtokolni a régi időben egy esztendő alatt. (A szolgalmat ingó dolognak vették.) Az elbirtoklás feltételei egy esztendőn át gyakorolt quasi possessio, iustus titulus, akadálya a mala fides, usurpatio stb. Egy régi lex Scribonia a köztársaság vége felé a szolgalmak elbirtoklását eltörölte. (Az új német polgári törvénykönyv ismétli ezt a tilalmat.)

3. A servitusnak régi ius civilebeli keletkeztető módjai közül csak egy maradt fenn Justinianus idejében, a *per legatum* való keletkezés. Erről az örökjogban fogunk szólani.

4. *Pactio et stipulatio.* A régi ius civile csak azokról a telkekről gondoskodott, a melyek Róma, Latium vagy legkésőbb Italia területén feküdtek. Ha a provinciákban akartak ilyen szolgalmi viszonyt teremteni, az ius civile szerint nem volt szolgalom, de a praetor mégis úgy védte, mintha szolgalom volna. Innen vette át a praetor a pactio és stipulatio formáját. A ki szolgalmat akart alapitani, az a megterhelendő dolog tulajdonosával erre nézve pactumot, egyezményt kötött, de azon felül stipulatiót is, a melyben a szolgalmat adó arra az esetre, ha a szolgalmat el nem ismerné, vagy azt más háborgatná, magát poena conventionalis, kötbér fize-

tésére kötelezte. Némelyek szerint ez a pactio, ez a megegyezés a szolgalom keletkezésére nem volt egyéb, mint *quasi traditio*. Ha a traditio abban áll, hogy B. az én dolgomat az én beleegyezésemmel birtokba veszi, akkor a pactio-quasi traditio abban áll, hogy B. az én beleegyezésemmel az én dolgomon a szolgalmat gyakorolja, iuris quasi possessióba veszi. Mások szerint a quasi traditio nem azonos a pactióval, hanem egy plus, a melynek ehhez a pactióhoz járulnia kell. Ezek szerint Justinianus azért nem említi külön a quasi traditiót, mert szerinte már e nélkül, tehát nudum pactummal, puszta megegyezéssel lehetett szolgalmat szerezni.

A traditióval az én tulajdonjogomat ruházom át, quasi traditióval, illetve pactióval azonban nem az én szolgalmamat ruházom át, hiszen nekem nincs is szolgalmam (nulli res sua servit). Míg tehát a traditio derivativ jogszerző tény, addig a pactio (úgyszintén a mancipatio, in iure cessio, legatum, testamentum) jogkeletkeztető tény. De másfelől az így keletkezett szolgalom az én jogomtól függ, a mennyiben B. csak akkor szerez szolgalmi jogot, ha én A. a dolognak tulajdonosa vagyok, ennyiben ezek a tények itt is derivativ tények. Ez tehát az originaer és derivativ acquisitio mellett egy harmadik alakulat: jogconstituáló tény. (49. o.) A justinianusi jogban a puszta megegyezés, a melyhez kötbérbiztosítás járul, az a forma, a melylyel a szolgalom constituáltatik.

5. *Longi temporis quasi possessio*. Justinianus a praetornak még egy másik intézményét is átvette. A lex Scribonia, a mely eltiltotta az usucapiót, nagyon hibás intézkedés volt. Ezért a praetor elismerte nem ugyan az usucapiót, de a longa quasi possessiót. A justinianusi jogban szolgalmat 10 illetve 20 év alatt lehet elbirtokolni. Megjegyzendő, hogy ehhez sem iustus titulus nem kellett, sem a mala fides nem volt akadály, de a praxis a kánonjog hatása alatt bona fidest már megkívánt.

6. *Deductio servitutis*. Ha a tulajdonos a maga dolgát másnak tulajdonába adja, lehetséges, hogy a maga számára ezen az átruházott dolgon szolgalmat tartson fenn.

7. *Az adiudicatio*. Ez abban áll, hogy ha többen vannak condominusok, coheresek, akkor ha fel akarják osztani a közösségi viszonyt, joguk van a bíróhoz fordulni, a ki ex iusto et aequo végzi az osztályt. Ugyanekkor a volt condominusok egyikének szolgalmat is itélhet oda. Nagy különbség van az adiudicatio és más bírói itélet között. Más bírói itélet nem alkot új jogokat, hanem csak kijelenti a már meglevő jogot, mely az itélet előtt bár vitás volt, de létezett, nem így az adiudicatio. Az adiudicatio nem declarativ, hanem constitutiv természetű itélet.

7. *Ex lege*. Bizonyos személyek már a törvény rendeleténél fogva szereznek haszonélvezetet, a melynek neve ezért legalis ususfructus. (Nem tévesztendő össze a tulajdon korlátjaival, határaival, melyeknek neve szintén legalis servitus.) Ilyen ususfructus legalist

nyer az apa gyermeke adventicia regulariáin, a nem bűnös házastárs a válási birságon, a melynek tulajdona a gyermekeket illeti, a parens binubus, a másodszor házasodó szülő, a lucra nuptialiakon, melyeknek proprietasa szintén a gyermekeké, és végül az apa, ha az anya, t. i. neje meghal és utána emancipált gyermekek örökölnek, az anyai hagyatéknak egy virilis portiojan.

A szolgalmak keletkezését tehát négy alapra lehet visszavezetni: magánintézkedésre, elbirtoklásra, birói itéletre és a törvényre. Megjegyzendő, hogy magánintézkedés által szolgalmat csak az constituálhat, a ki a szolgáló dolognak tulajdonosa (a tulajdonostársaknak a constituálásba bele kell egyezniök), emphyteutája, superficiariusa vagy jóhiszemű birtokosa. Ez utóbbi persze csak oly hatálylyal, hogy a szolgalmas csak azok ellen lesz védve, a ki ellen a jóhiszemű birtokos a maga Publiciana actióját megindithatja. Ha a dolog törvényes elidegenitési tilalom alatt áll, szolgalom sem constituálható rá.

94. §. A szolgalmak változása és megszünése.

A személyes szolgalmak alanyilag egyáltalában nem változhatnak; a telki szolgalmak sem önmagukban, csak a praedium dominans tulajdonjogával együtt.

A szolgalom megszünésének tényei a következők:

1. Mint minden jog, úgy a szolgalom is megszünik az által, hogy a szolgalmas lemond róla. A régi jog szerint ennek legatum, remancipatio vagy in iure recessio formájában kellett megtörténnie.

2. Az által, hogy maga a dolog, a melyen a szolgalom fennáll, megszünik vagy res extra commerciummá lesz.

3. A telki szolgalmak az által is, ha az a telek, a melynek javára a szolgalom fennáll, megszünik.

4. A szolgalmas halála vagy capitis deminutio maxima- vagy mediája alapján. Ez által azonban csak a személyes szolgalmak szünnek meg (azok közül is csak az ususfructus és usus), a telki szolgalmaknak perpetua causájuk volt. Ha a telki szolgalmas meghalt és örökösei sem maradtak, úgy hogy praedium dominans res nulliussá vált, annak occupálója megszerzi a szolgalmat is. Jogi személyek személyes szolgalma megszünik, ha a jogi személy is megszünik vagy 100 év lefolyása után.

5. Per modum et tempus. Bizonyos időre, resolutiv feltétellel engedett szolgalmak az idő leteltével, a feltétel beálltával megszünnek.

6. *Per confusionem*. Ha a szolgalmas a szolgáló dolog tulajdonosává lesz, vagy a szolgáló dolog tulajdonosa megszerzi a praedium dominans tulajdonát, ez által lehetetlenné lesz a szolgalom, mert

nemini res sua servit. Ha később a szolgalom és a szolgáló dolog tulajdona ismét különválik, a szolgalom nem éled fel (bár utóbbi időben ennek igen erős védői vannak), ha azonban a confusio semmis vagy azzá lesz, akkor a szolgalom nem szünik meg. Az ususfructusnál azt a confusiót, hogy a haszonélvező a szolgáló dolog tulajdonát megszerzi, a források *consolidatio*-nak nevezik. (§. 3 I. de usufructu II. 4.)

7. Elévülés által, azaz egy bizonyos időn keresztül való folytonos *non usus* által. Ebben a szolgalom az összes többi jogoktól különbözik. A többi jognál csak az igény, a kereset évül el, a szolgalomnál maga a jog évül el. Hogy bizonyos időn keresztül szolgalmamat nem gyakorolom, az annak a jele, hogy már nincs rá szükségem, már pedig a szolgalmi jogot a jog nem engedi szívesen ok nélkül fennállani. Különösen megjegyzendők a városi szolgalmak, a melyek többnyire a servitutes habendi osztályába tartoznak. Ezeknél szükséges, hogy valami külső alkalmatosság legyen, mely nélkül én a szolgalmat nem gyakorolhatom. A servitus tigni immittendi-nél kell, hogy a szomszéd falában lyuk legyen, hogy oda az én gerendámat bedughassam. A ne luminibus officiaturnál külön alkalmatosság nem kell ugyan, de itt is az én kilátásomon kivül plus az, hogy épületének magasságát emelnie nem szabad. Ezért ezeknél a városi szolgalmaknál, az elévüléshez a non ususon kivül még ú. n. *usucapio libertatis* is kell. Vagyis nem elegendő, hogy én nem gyakoroltam a szolgalmat, hanem az is kell, hogy a szolgáló telektulajdonosa oly cselekvényt vigyen véghez, mely szolgalmammal ellenkezik, a servitus tigni immittendinél a lyukat betömje, a ne luminibus officiaturnál házát magasabbra építse. Azaz kell, hogy az egész elévülési időn keresztül a szolgáló telek tulajdonosa azt az állapotot birtokolja, a mely mintegy eleven protestatiója az én szolgalmamnak. Ő mintegy elbirtokolja a szolgalmamtól való mentességet, szabadságot. Innen a név: usucapio libertatis. Ennek az usucapio libertatisnak persze sem vi sem clam, sem precario nem szabad történnie, de másrészt accessio temporisnak helye van.

A Justinianus előtti jogban a szolgalmak 1, illetve 2 év alatt évültek el, a szerint, a mint ingón vagy ingatlanon állottak fenn. Justinianus ezt akkép változtatta meg, hogy minden szolgalom inter praesentes 10, inter absentes 20 év alatt szünt meg non usus miatt. Az oly szolgalmak elévülési idejét, a melyeket csak bizonyos időszakban vagy bizonyos időközökben lehetett gyakorolni, kétszeresen számították. Justinianus ezekre 20 évi elbirtoklást állapított meg. Nem szüntek meg azonban non usus által a következő szolgalmak: iter ad sepulcrum, a habitatio, operae servorum vel animalium és a melyek törvényes elidegenítési tilalommal voltak felruházva.

95. §. A szolgalmi jogok védelme.

A szolgalmasnak joga védelmére szolgáló keresete az *actio confessoria* vagy *vindicatio servitutis*. Felperes lehet minden szolgalmas, tehát telki szolgalmaknál a praedium dominans tulajdonosa, sőt több tulajdonos esetén minden társtulajdonosa, superficariusa, emphyteutája, záloghitelezője, sőt annak haszonélvezője is, a mennyiben a telki szolgalom megsértése által az uralkodó telken való haszonélvezeti joga is korlátoltatik. Dernburg szerint a publicianus birtokos is megindíthatja az actio confessoriát az általa jóhiszeműen birtokolt teleknek javára fennálló szolgalmak tekintetében. Alperes mindenki, a ki a szolgalom megsértését okozta, vagy fictus possessor, azaz kiadja magát a szolgalom sértőjének stb. Felperesnek bizonyítania kell, hogy ő a szolgalmas és hogy alperes az ő szolgalmi jogát részben vagy egészben megsértette, illetve hogy fictus possessornak tekintendő. Az actio confessoriának czélja: a szolgalmi jog elismertetése, a jogsértés megszüntetése, esetleges kárnak megtérítése, jövendő sértésnek megtiltása és erre irányuló cautiónak adása, és a per folyama alatt esetleg non usus által megszünt szolgalomnak felélesztése.

V. FEJEZET: PUBLICIANUS SZOLGALOM ÉS SZOLGALMI BIRTOK (IURIS QUASI POSSESSIO).

96. §. Publicianus szolgalom és iuris quasi possessio.

Valamint a tulajdon tanában a jogvédelemnek három fokát különböztettük meg: a tulajdonjogot, a publicianus tulajdont (jóhiszemű birtokot, vélelmezett tulajdont) és a birtokjogot, úgy a szolgalmi jogok tekintetében is megtaláljuk ezt a három fokozatot. A legteljesebb jog maga a szolgalmi jog. De ennek fennállására nemcsak a szolgalom keletkeztető tényét kell bizonyítani, hanem azt is, hogy a ki a szolgalmat constituálta, jogositva volt azt tenni, tehát teszem, a szolgáló teleknek tulajdonosa, a mi probatio diabolica. Ezért ennek bizonyításától itt is eltekintettek, de akkor nem igazi szolgalmi jog áll fenn, nem actio confessoria directa szolgál az ilyennek védelmére, hanem csak jóhiszemű szolgalmi birtokról lehet szó és csak a confessoria actio Publiciana (ad normam tulajdoni actio Publiciana) indítható. Ilyen publicianus actio confessoriája Baron szerint minden olyannak van, a kinek számára a szolgalmat a szolgáló dolognak nem tulajdonosa, hanem csak jóhiszemű birtokosa constituált, mert ha igaz, hogy nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet, akkor igaz az is, hogy tantum iuris quam ipse habet, mindenki transferálhat másra. A jóhiszemű birtokos

tehát szolgalmi jogot ugyan nem constituálhat, hiszen nem tulajdonos és csak a tulajdonból engedhető szolgalom, de igenis constituálhat publicianus szolgalmat. Ugyanilyen szolgalma van a telki szolgalmak esetén annak, a ki a praedium dominansnak csak jóhiszemű birtokosa. (Dernburg szerint az ilyen magát az actio confessoriat indithatja meg.)

Még kisebb fokát a jogvédelemnek, csak interimisticus, nem petitorius, hanem csak possessorius védelmet ad a szolgalmi birtok, a servitutis quasi possessio (l. 224. o.). Szolgalmi birtokos az, a ki tényleg gyakorolja azt, a mit voltaképen a szolgalmasnak szabad, pl. átjár a szomszéd telkén. Keletkezik a szolgalmi birtok azon állapotnak (corpus, animus) helyreállításával, a melyben a szolgalmas szokott lenni, megszűnik ezen állapot megszüntével. A szolgalmi birtok védelmére az interdicta retinendae és recuperandae possessionis szolgálnak, de csak utiliter, továbbá az actio spolii, a possessorium ordinarium és különös interdictumok. Igy az úti szolgalmat birtoklónak, ha az utolsó évben legalább harminczszor gyakorolta a szolgamat nec vi, nec clam, nec precario, a további gyakorlást megakadályozóval szemben *interdictum de itinere actuque privato*ja van. Persze a telek tulajdonosa a petitoriumban az actio negatoriával győzni fog, ha az átjáró csak birtokolta a szolgalmat, a nélkül, hogy szolgalmas is lett volna. Már a megrongált útnak kijavítását csak a szolgalmas kérhette; a szolgalmi birtokos nem. Erre a czélra az *interdictum de itinere reficiendo* szolgált. Annak, a ki a vizvezetéki jogot birtokolja, vagyis az utolsó évben nec vi, nec clam, nec precario és még hozzá bona fide csak egyszer is gyakorolja, a birtokháboritóval szemben *interdictum de aqua quotidiana*-ja van; ha pedig a vizvezetéki jog csak nyáron (vagy télen) gyakorolható, akkor a birtoklásnak is ekkor kell történnie és akkor a megakadályozóval szemben az *i. de aqua aestiva* illeti meg a jóhiszemű szolgalmi birtokost. A ki pedig a vizvezeték kijavításában vagy tisztitásában akadályozta a jóhiszemű birtokost, az ellen ez *interdictum de rivis*-sel élhetett. Szó van még a forrásokban *interdictum de fonte* és *de fonte reficiendo*-ról.

VI. FEJEZET: EMPHYTEUSIS ÉS SUPERFICIES.

97. §. Az emphyteusis és superficies.

Az emphyteusis és superficies szintén idegen dolog felhasználására adnak jogosultságot, ius utendi fruendit in re aliena. Ezek is szolgalmak annyiban, hogy ezeknél szintén jogom van ad usum vagy ad utendum fruendum in rem alienam, de különböznek a szolgalmaktól annyiban, hogy bár teljes kihasználást engednek az idegen dolgon, mégis örökletesek, elidegenithetők és átörökithetők.

Tehát elidegeníthető és átörökíthető személyes szolgalmak. Annyiban telki szolgalmak, hogy örökletesek, de már a tekintetben, hogy teljes kihasználást engednek, személyes szolgalmak. Még abban a tekintetben is azok, hogy bár telken állnak fenn (az emphyteusis mezei telken, a superficies városin), még sincsenek valamely más vicinus fundus tulajdonához kötve, hanem közvetlenül személyt illetnek.

Az *emphyteusis (örökhaszonbérlet)* abban áll, hogy egy idegen telket használhatok és kihasználhatok, azzal úgy bánok vele, a mint nekem tetszik, még intensivebb módon, mint az usufructuarius. Csak a salva rerum substantia kivántatik meg itt is, nem szabad rosszabbítanom a dolog állagát, és ez talán az egyedüli, a miben az emphyteuta a tulajdonostól különbözik. Az usufructuarius annak az ingatlannak a gyümölcseit használhatja, de csak abban az állapotban, a melyben ő a telket a tulajdonostól átvette. Ő pl. nincs jogosítva a kertből szántóföldet csinálni, neki abban a fajtában kell a gazdasági obiectumot megtartani. Nem így az emphyteuta. Ennek csak silányítania nem szabad a telket, de hogy milyen gazdasági minőségben akarja kihasználni, az tőle függ. És ezt a lehető intensiv kihasználást nem ad tempus, hanem örökre kapja, azaz átörökítheti, elidegenítheti, még pedig nemcsak úgy, mint az usufructuarius, ki csak a gyakorlást idegenítheti el. Az emphyteuta magát a jogot idegenítheti el, szolgalmat, zálogjogot constituálhat a dologra. Az emphyteuta a gyümölcsöt már a separatióval megszerzi. Az emphyteutának tehát majdnem olyan joga van, mint a tulajdonosnak, úgy hogy ha az én tulajdonomon emphyteuta van, nekem, a tulajdonosnak csak az évenkénti pensio, canon vagy vectigal, csak az évi bér marad, melyet az emphyteuta a tulajdonjogom elismeréseül fizet. Ennyiben az emphyteusis a haszonbérszerződéshez, a locatio conductio reihez hasonlít. De megint különbözik attól abban, hogy míg az kötelmi, relativ jog, addig az emphyteusis absolut, dologi jog. Az ususfructustól az emphyteusis még abban is különbözik, hogy míg annak csak birlalata, addig az emphyteutának birtoka van. A római jog az emphyteutát mindenkivel szemben úgy védi, mint a tulajdonost: rei vindicatióval és negatoria actióval, persze utiliter. (Ez a szó, hogy utilis actio annyit tesz, hogy az actio modernizálva van: régi actio modern czélra.)

A milyen joga az emphyteutának a mezei telekre van, oly joga van a superficiariusnak a városi ingatlanon épült házra, építményre. De még az emphyteutának joga elidegenítéséhez a tulajdonos beleegyezését kell megszereznie (a mit ez azonban jogos indok nélkül tőle meg nem tagadhat) és a tulajdonosnak elővételi joga van, addig a superficiarius az elidegenítésben nincs korlátozva, sőt ő az építmény állaga felett is rendelkezik.

Az emphyteusis és superficies alakulatát felhasználták a hűbéri tulajdon megmagyarázására. A római jog, mint láttuk, ismert

rei vindicatiót és rei vindicatio utilist. Ebből levezettek egy dominium directumot és utilet (l. 230. o.). Az első a hűbérúré, a másik a hűbéresé. Ez az alakulat fentartotta magát a legújabb időkig. Ma is van az osztr. polg. tk.-ben Nutzeigenthum és Grundeigenthum. Ez az egész leszármaztatás azonban téves. A rei vindicatio utilis nem egy külön fajta tulajdonjog védelmére szolgált, hanem modernizált tulajdoni kereset egy nem tulajdonosnak, az emphyteutának és a superficiariusnak a védelmére.

Az emphyteusis és superficies már a végső határokig megy, elannyira, hogy a tulajdon tartalmát teljesen kimeriti. A tulajdonosnak a puszta évi vectigal marad, de ezt is elengedheti. Miben különbözik tehát a tulajdonos az emphyteuta- és superficiariustól? Absolute védve van mindegyik mindenki ellen, de míg az emphyteuta és a superficiarus csak azt követelheti, hogy senki se bántsa őket a dolog kihasználásában, birtokában, de hasznos beruházásokat harmadik személy részéről nem tilthat meg, addig a tulajdonos ezt is megtilthatja, mert minden jogosulatlan behatást megtilthat akár hasznára van a dolognak, akár nem.

A telektulajdonosának különben joga van az emphyteutát elmozditani (ius privationis), ha a telket kellően nem gondozza (a mit az emphyteutának a saját költségén kell megtennie), illetve rosszabbitja, deteriorálja, ha 3, egyházi emphyteusisnél 2, évig nem fizetett évi bért, ha 3 éven keresztül nem teljesitette a közszolgálatokat (az emphyteutának kell ugyanis a telekre eső adót stb. fizetnie), és ha nem kért beleegyezést joga elidegenitéséhez. Joga van továbbá a tulajdonosnak ú. n. laudemiumot (középkori elnevezés) követelni, azaz az emphyteusis elidegenitésekor értékének 2%-át és két hónapon belül elővételi joga van (*ius protimiseos*), továbbá a telken talált kincsek is a tulajdonost illetik, persze a ius inventoris sérelme nélkül. A telektulajdonos privationalis jogával szemben az emphyteuta a kánonjog szerint (római jog szerint nem) a privatiót akkép kerülheti el, ha a privationalis szándékról való értesültekor a hátralékos szolgálatokat teljesiti. Rossz termés, illetve a teleknek partialis megsemmisülése miatt Baron, Windscheid, Dernburg, Vangerow szerint bérleszállitást, *remissio pensionist* nem kérhet.

Az emphyteus *keletkeztető tényei:* 1. A tulajdonossal kötött szerződés, ú. n. *contractus emphyteuticarius*, a melyhez az uralkodó nézet szerint az emphyteuticarius telek átadásának nem kellett hozzájárulnia (Dernburg szerint igen). A contractusnak irásban kötöttnek kellett lennie, ha a törvény intézkedésével ellenkező kikötést tartalmazott. 2. Legatum. 3. Birói itélet. 4. Tiz, illetve húsz évi bonae fidei possessio (Arndts szerint 30—40 évi elbirtoklás kellett). *Alanyilag változtató tényei:* szerződés, hagyomány, birói itélet. *Megszüntetik az emphyteusist:* 1. A telek megsemmisülése, res extra commerciummá válása. 2. A kikötött tempus letelte, a condicio resolutiva beállta. 3. Az emphyteutának örökös nélküli halála.

4. Az emphyteuta elmozdítása a tulajdonos által a fent elsorolt esetekben. 5. Usucapio libertatis. 6. Confusio és 7. az emphyteuta lemondása a jogról. Vitás, vajjon puszta egyoldalú derelictio megszünteti-e az emphyteusist, vagy beleegyezésre szorul-e a tulajdonos részéről.

Az emphyteusis története azt mutatja, hogy két intézmény fejlődik paralelle, a melyeket azután Justinianus egyesit. Jelesül két hasonló intézmény volt a keleten és nyugaton más-más gyökérből fejlődve. A nyugaton ez az intézmény az *ager vectigalis* intézménye volt: Köztulajdonban álló ingatlanoknak évi vectigalért való örökletes átengedése. Az ilyen bérlő eleinte csak praetori védelemben részesült az *interdictum de loco publico fruendo*-ban, később ugyancsak a praetortól *actio in rem vectigalist* nyert. Ezzel a nyugatrómai intézménynyel párhuzamosan a keleten az *agri emphyteuticarii* intézménye fejlődött körülbelül hasonló jogállással (a bérnek neve ott canon, pensio volt). Justinianus a két intézményt egyesitette a fent leirt emphyteusisben.

A mint az emphyteusis örökletes ususfructus mezei telken, úgy a *superficies* (örökbérlet) örökletes usus aedium. Tartalma az, hogy jogom van egy idegen telken, még pedig városi telken házat épiteni. Mihelyt én ott épitek, a ház a telek tulajdonosáé, azon nem lehet változtatni, de annyit meghagy a jog nekem, hogy ezt a házat addig, míg azon a telken ott van, birtokoljam (ez vitás), használhassam, sőt el is adhassam, elzálogosítsam és szolgalmát is constitualhassak rá. Én tehát a házat állandóan, örökletesen használhassam. Ha pl. eladom a házat, in praxi az emberek azt mondják, hogy én az én házamat adom el. De ez nem igaz. A ház nem az enyém, nekem csak jogom van azt tenni, a mit a telektulajdonos tehetne, ha ő épitette volna, de azért én nem vagyok tulajdonos, hanem ő. Hogy nem vagyok tulajdonos, abból tünik ki, hogy, ha a ház elég, vagy én lebontom (ehhez jogom van), akkor nekem semmi jogom sincs már, a telek megint az övé teljes használati joggal, és csak míg a ház áll, korlátolódik az ő tulajdonjoga. A német plg. tk. külön tulajdont ismer el a házra, külön a telekre, de a telekkönyvben az egész a telektulajdonos nevén áll. A római jogi constructio sokkal következetesebb. A házas telken lévő superficies mintájára construálta meg a praxis azt a viszonyt is, ha fát, erdőt, más növényeket ültetek idegen telken. A superficiariusnak ugyanaz a joga, mint az emphyteutáé, csakhogy ő az épület állaga fölött is rendelkezik, évi bérének neve: solarium. A tulajdonosnak vele szemben sem laudemium, sem az eladáshoz beleegyezése kérésének követelésére sincs joga. A superficiariust mint birtokost (Baron, Windscheid szerint nem az) a birtokinterductumok illetik, továbbá az *interdictum de superficiebus* és a tulajdoni keresetek mint utiles.

A superficies *keletkeztető tényei*: 1. Szerződés által, a melyhez

a telek átadása is szükséges (Dernburg); 2. végintézkedés; 3. birói itélet; 4. elbirtoklás által (Baron szerint ez nem keletkeztető ténye). Alanyilag *változtató* tényei: traditióval összekötött szerződés, legatum, birói intézkedés. *Megszünteti* az usucapio libertatis, róla való lemondás szerződés formájában, időmúlás, a teleknek vagy a háznak megsemmisülése, ha ennek esetleges újjáépitése külön kikötve nincs, és privatio, ha a superficiarius 2 évi telekbérrel adós.

VII. FEJEZET: ZÁLOGJOG.

98. §. A zálogjog fogalma és története.

A zálogjogot obligatio reinek nevezik. Ez is mutatja, hogy a kötelmi joggal hozzák vonatkozásba. Tényleg más a czélja, mint a többi dologi jognak. A többi dologi jog czélja bizonyos használat biztositása, ellenben a zálogjognak czélja nem a használat, sőt a későbbi törvényhozás ezt egyenesen kizárja. A zálogjog közel fekszik már a kötelmi jogokhoz. Ha valakinek pl. kölcsönt adok, mig követelésem le nem jár, semmit sem követelhetek. Csak a lejáratkor mutatja a követelés a maga hatását, a mennyiben én akkor követelhetek és ő akkor köteles fizetni. Ha akkor az adós fizet, akkor a kötelmi jog egy pillanatig mutatta hatalmát és már meg is szünt. A kötelmi jog ugyanis nem házi tűz, a mely állandóan melegit tartós időn keresztül, mint a dologi jog, a kötelmi jog bomba, a mely explodál. Ebben hasonlit a zálogjog a kötelmi jogokhoz. A zálogjog ugyanis abban áll, hogy a dolog, a zálogtárgy, nálam van valamely követelés biztositására egészen a követelés lejártáig, addig azt használnom nem szabad, csak alkalmatlankodik. Használni csak egyszer használhatom. Ha ugyanis az adós a lejárat napján követelésemet nem teljesiti, akkor a dolgot eladhatom, a tartozásnak megfelelő összeget megtarthatom, a többit az adósnak visszaadom. Azután megint semmi nyoma a zálogjognak. Tehát ép úgy mint a kötelmi jogok, a zálogjog sem biztosit állandó, tartós használatot. Vagy az adósom fizet, vagy kifizettetem magam a zálog által. Ennyiben lehet azt mondani, hogy valamit a kötelmi jog esetén, az adós, a persona van nekem obligálva, úgy az esetben, ha az adós nem fizet, a res est obligata, a dolog van lekötve, abból elégithetem ki magamat. Nagy azonban a különbség a zálogjog és a kötelmi jogok közt. Az igazi obligatio rei esetén nem a dolog van nekem lekötelezve, hanem annak a tulajdonosa, mig itt a zálogjognál valójában a dolog van lekötve (tehát dologbeli jog), ennyiben tehát a zálogjog már nem obligatio rei. Másfelől a zálogjognál nem egy személy az, a ki tűrni tartozik, hogy én kielégitsem magamat abból a dologból, nem egy személy a kötelezett alany, hanem köteles ezt tűrni mindenki.

kötelezett alany mindenki, tehát a zálogjog absolut jog. A zálogjog keletkezésétől mindaddig, míg a zálogtárgy eladási árából befolyt pénzt a zsebembe teszem, fennáll az a tilalom, hogy engem ebben senki sem gátoljon, mert a ki gátol, sérti ezt a tilalmat, az én zálogjogomat. Itt tehát obligálva nem a res est, hanem mindenki.

A római zálogjog nem kielégítő intézmény. A modern zálogjog sokkal finomabban van kidolgozva. A rómaiaké még egy kicsit primitiv, a vagyonjog leggyengébb része. Két vonás az, a mely a római zálogjogot tarthatatlanná teszi mai legislativ szempontból. A római zálogjog nem felel meg a *publicitas* és a *specialitas* követelményének. Ma megköveteljük azt, hogy ha valaki a maga dolgát elzálogosítja, tehát ez által a maga tulajdonjogát megterheli, ez szembeötlő legyen. Ezt a forgalom biztonságának érdekében követeljük meg. Ma megköveteljük, hogy mindenki, a ki üzletet, ügyletet akar kötni, tudja, ki az, a kivel és mi az, a mire nézve azt az ügyletet kötni akarja. Ez alapja minden egészséges hitelnek és minden forgalomnak. Ezért mi ma, ha foglalunk, zálogolunk, közpecsétet alkalmazunk. Ez a publicitas. Ennek a legnagyobb mértékben megfelel ma az ingatlan zálog, a melyeknél hiteles könyveket, telekkönyveket vezetnek. A másik követelmény a specialitas. Nem engedjük meg ma azt, hogy valakinek a vagyona erősebben legyen megzálogolva, megbélyegezve, mintsem szükséges. Ha valaki 40 frttal tartozik, nem engedjük meg azt, hogy ezen kicsi adósság fejében aránytalan nagy vagyon legyen lekötve. Mert akkor, a ki a megzálogolttól egy specialis tárgyat akarna megvenni, nem tudná, vajjon a hitelező nem éppen ebből a tárgyból akarja-e a maga 40 frtos követelését kielégíteni. Ezért megköveteljük máma, hogy minden adósságnak egy specialis zálog szolgáljon, nem pedig az egész vagyon, mint generalis zálog. Innen van, hogy ma a telekkönyvben minden egyes jószágtestnek külön jegyzőkönyve van. De nem felel meg ennek ma sem az egyetemleges zálogjog intézménye.

E két követelménynyel ellentétben a római jog először is ismeri a titkos zálogot, a mi ellentéte a publicitasnak: valakinek zálogjoga van a nélkül, hogy ez külsőleg mutatkoznék. Ez a hypotheca. A másik hiánya a római jognak, hogy ismeri a generalis zálogjogot. Plane az is lehetséges volt, hogy a kettő egyesült úgy, hogy valakinek titkos generalis zálogjoga volt, a mi a római zálogjognak legnagyobb rákfenéje.

Három formában fejlődött ki a római zálogjog. Az első lucus a non lucendo: a *fiducia*. Ez voltaképen nem is zálogjog, csak pótolja azt a régi római jogban, úgy a mint még sok más intézményt is pótolt. Sőt újabban a fiduciarius ügyletek ismét felütik fejüket. A régi ius civilenek a mancipation és in iure cession kivül, eltekintve a kötelmi nexumtól, nem volt forgalmi ügylete. De mindazokat a czélokat, a miket később keletkezett ügyletekkel elérni

akartak, elérték a régiek is a *pactum fiduciae cum amico contractum*-mal. Pl. a depositum csak később keletkezett, a régi jogban nem volt ismeretes. De azért a depositum czélját mégis el kellett érni, a mi úgy történt, hogy A. a maga dolgát mancipálta, in iure cedálta B.-nek. Ez által ugyan B. tulajdonjogot nyert, de a felek a mancipatio kötésekor pactum fiduciaeben megállapodtak abban, hogy ha A. a dolgot vissza fogja követelni B.-től, akkor B. vissza fogja mancipálni, in iure recedálni fogja. Mellékmegállapodás történt tehát a tisztességre (fiducia) való hivatkozással. Ez a mellékmegállapodás nem volt ugyan jogügylet, de épen, mert nem volt jogügylet, úgy voltak vele mint ma a kártyaadóssággal. Épen mert a jog nem védi az ilyen becsületbeli megállapodást, a társadalom kétszeresen védi. A ki azt a pactum fiduciaet megszegte, az infámiával sújtatott. Később a jog is védelmébe vette ezt a pactumot és infamálo hatású: *actio fiduciae directat* adott a megállapodás megszegője ellen. (Az actio fiduciae contrariát a dolog átvevője indithatta a letétbe átadó ellen kiadásai erejéig.) Ez a pactum fiduciae pótolta a commodatumot is és pótolta sok más között a zálogjogot is. De ez azért nem volt zálogjog és azért helytelen a zálogjog egyik alakulataként tárgyalni. A zálog pótlására szolgáló fiducia neve *fiducia cum creditore contracta* volt. Ez is lényegileg nem egyéb mint mancipatio, in iure cessio, melylyel az adós átruházza a creditorra a dolog tulajdonát és sub fide megállapodnak, hogy, ha az adós fizet, a hitelező remancipálja vagy in iure cessioval visszaadja a dolgot. Ez által a hitelező egyrészt többet nyert, mint a mi neki járt, másfelől kevesebbet. Ő csak biztositékot akart kapni, kapott pedig tulajdonjogot — ennyiben többet nyert. Másrészt kevesebbet kapott: ő neki nem a dolog, hanem pénz kellett. Itt pedig a kezében egy dolog volt, a mely tulajdonát képezte ugyan és a melyet nem is kellett visszaruháznia, míg az adós nem fizetett, de el nem adhatta, mert hátha az adós később fizet. Ezért a pactum fiduciaen kivül egy másik pactumot is szoktak kötni: *pactum de vendendo*-t. Ez úgy szólt: ha az adós fizet, én hitelező a dolgot a kellő formákban visszaadom, ha pedig bizonyos idő alatt nem fizet, akkor én jogositva vagyok a dolgot eladni, a vételárból magamat kielégiteni és köteles vagyok a maradékot a *hyperochat* visszaadni. Sőt még egy harmadik pactum is divott. Esetleg abban is megállapodtak: ha te adós nem fizetsz, akkor én hitelező megtarthatom a dolgot. Tehát res committitur, a dolog a hitelező javára esik. Ez a pactum commissorium vagy *lex commissoria*, a mely azonban később érvénytelen volt. (A rómaiaknál a megállapodásra, szerződésre több kifejezés volt: pactum, contractus, constitutum, receptum, sőt, mint e helyütt is, lex. Különben lex törvény értelmében sem egyéb, mint szerződés, megállapodás az ajánlattevő magistratus és az ajánlatelfogadó népgyülés között, tehát közjogi contractus.) Ez a három pactum volt az a

formа, melylyel a régi jog a hitelező biztosítási szükségletét kielégitette. De ez nem volt külön jog. A hitelező kapott tulajdonjogot, a mely az által enyhittetett, hogy ő ismét különféle obligatiót vállalt az adóssal szemben.

Mint már említettük, a fiduciának ma is vannak még esetei. Pl. a váltót elzálogosítani nem is lehet. A váltót csak forgatni lehet, azaz át lehet ruházni a tulajdonát. Külön biztosítás czéljára szolgáló átruházás nincs, a zálogátruházásra forma nincs, csak a tulajdonátruházásra. Teljes pendentje a régi fiduciának. Ugyanez fordul elő a közönséges contocurrens követeléseknél. Ezeket úgy is zálogosít hatják el, hogy a contóra (a folyó számlára) s a könyvekre ráirják, hogy a követelés zálogba adatott. De a kereskedők inkább engedményezik, mintegy tulajdonilag átengedik a követelést azzal, hogy a biztositott adósság megfizetése esetén visszacedáltatik rájuk. Ez az engedményezés azért előnyösebb, mert a csak zálogba adott contocurrenskövetelést más hitelezők is felülfoglalhatják. Ez a fiducia tehát nemcsak a primitiv jognak ügyetlenségére vezetendő vissza. Ennek még a teljesen előrehaladt korban is vannak practikus előnyei, a melyeket a puszta zálogjog nem nyujt.

A praetori jogban nyert kifejlődést a voltaképeni zálogjog, a melynek két formáját ismeri a későbbi római jog: az egyik a *pignus traditum*, vagy röviden *pignus*, a másik a *pignus conventum*, vagy görög szóval, mert onnan vette magát: *hypotheka*. A czélja mindkettőnek ugyanaz: a hitelezőnek egy dolog követelése biztosítására szolgáljon. A pignus traditum feltételezi, hogy a zálogtárgy a hitelezőnek át is adassék. Ebben még nem különbözik a fiduciától. Azonban a fiduciánál a dolog animo transferendi dominii adatik át, a pignusnál csak pignoris transferendi. Az adós tehát nem a tulajdonba adja át, hanem csak azért, hogy B. ténylegesen birja a dolgot mindaddig, míg ő a tartozását ki nem elégitette. A záloghitelező birtokot nyer, sőt nemcsak tényleges birtokot, hanem jogilag védett birtokot, possessiót, birtokjogot nyer. Mint a birtok tanában láttuk, ő csak ad interdicta possessor, de nem ad usucapionem, de mégis possessor, mert ha ő csak detentor volna, teljesen védtelen maradna, ha a dolog a kezéből kikerülne. Sőt ha csak birtokjogot nyerne (ez a pignus régibb fogalma), sem volna eléggé védve, mert a zálogbaadó tulajdonjoga alapján bármikor visszakövetelhetné a dolgot. Ezért ő a birtokjogon kivül zálogjogot is nyer, a mely őt megvédi az ellen, hogy a dolgot bárki tőle a tartozás lefizetéseig elperelje és módot ad neki arra, hogy, ha a dolog tőle elkerül, azt ismét visszaszerezze. Tehát nemcsak interimistikus védelemben részesül, hanem állandóban, ő jogát nemcsak a possessoriumban, hanem a petitoriumban is érvényesitheti. A fiducia esetén a hitelező a dolog tulajdonát nyerte, a pignusban (annak régebbi értelmét véve) csak birtokjogot, a későbbi pignusban birtokjogot és zálogjogot. A pactum de vendendo kötése ekkor már fölösleges, mert az

eladási jog a záloghitelezőt ex lege megillette és ezt pactum de non vendendóval sem lehetett kizárni. A pactum de non vendendónak csak az a hatása volt, hogy a záloghitelező az eladás előtt az adóst háromszor köteles volt meginteni.

A zálogjognak másik formája a pignus conventum vagy hypotheka. Ez az a forma, a mely ellen a római jogban a publicitas és specialitas hiányának kifogásai irányulnak. A fiducia és a pignus esetén a publicitas követelményének elég van téve, mert hiszen az elzálogosított dolog az adósnál nem is található, a hitelezőnél van, tehát mindenki tudhatja, hogy le van kötve, és hogy csak ez van lekötve. A hypotheka azonban abban áll, hogy a zálog tárgya nem adatik át, csak szóbeszéd az egész. Én önnek zálogi biztosítékot adok erre az órára, — mondom és visszateszem az órámat a zsebembe. A zálogjog ekkor voltaképen annyit ér, mint a mennyi az adós becsületessége. Ez az ingatlanoknál alkalmaztatott gyakrabban, mert azzal az adós tovább nem állhat. Innen van, hogy ma hypotheka, jelzálog, alatt az ingatlanon való zálogjogot értjük. Maga a fogalom azonban nem tételezi fel a zálogtárgy ingatlan voltát. A rómaiaknál komoly legislativ okok voltak arra, hogy az ingókra is elismerték. Pignuskép az ember csak azt adhatja oda, a mire szüksége nincs. Ha tehát hypotheka nem volna, azaz, ha a zálogot adó adós a zálogtárgy birtokát meg nem tarthatná, akkor épen a szegények nem élvezhetnének hitelt, mert tartozásaik biztosítására zálogot nem adhatnának. Elvben a pignus a módosabb ember zálogjoga, a hypotheka a szegény emberé. (Ma ép fordítva van.) A szegény embernek szüksége van olcsó kölcsönre, a kölcsön pedig annál olcsóbb mennél biztosabb, legbiztosabb pedig, ha zálogilag van biztosítva. Ha most a szegény embernek a maga mindennap szükséges dolgát, más dolga pedig általában nincs is, át kellene adnia a hitelezőnek, azaz, ha csak a pignus formájában volna lehető a zálogjog, akkor ő meg volna fosztva a hitel előnyeitől. Ha ma a végrehajtási törvény azt mondja, hogy én a munkás szerszámát, a legszükségesebb butort nem zálogolhatom meg, az ki van véve a zálogolás (foglalás) alól, akkor ez helyes intézkedés, mert ez az adós akarata ellenére történő zálogolásra vonatkozik. De ha ezt helyeseljük is, az nem jelentheti azt, mert akkor helytelen is volna, hogy a szegény ember maga ne adhassa zálogba szükséges ingóját, persze csak jelzálogilag. Mert nagy különbség van a szerződéses és a végrehajtási zálog közt. Szerződéses zálogra akkor van szükség, mikor a zálogot adónak a pénz kell, birói zálogra akkor, mikor a pénz már ki van adva. Az előbbi eszköz, az utóbbi büntetés. Mindezek oly okok, a melyek kérdésessé teszik, nem volna-e mégis jó a hypothekát az ingókra is fentartani.

A római jog a pignus conventumot elismerte, még pedig történeti kifejlődésében lépésenkint. Kezdete ott van, a hol rá a legnagyobb szükség mutatkozott: a haszonbérletnél, a locatio conductio

rei-nél, még pedig praedium rusticum bérleténél. A bérbeadó bérkövetelésének biztositására a római jog elismerte a hypothekát a bérlő fundus instructusára, elismerte pedig azért, mert hiszen a fundus instructusra a bérlőnek szüksége volt, nem adhatta át pignus gyanánt. A bérbeadónak nem voltak birtokában, sem tulajdonában az invecta és illata (fundus instructus), se birtok-, se tulajdonvédelemben nem részesült tehát. Ezért egy külön védelmet kellett számára találni. Igy nyerte ő az *interdictum Salvianumot*, a mi egy adipiscendae possessionis interdictum. Ezzel ő a bérlőtől kikövetelhette a fundus instructus birtokát, ha ez a bért le nem fizette. Később már petitorius védelmet, actiót nyert Servius praetortól, innen ez actio neve: *actio Serviana*. Ez arra az esetre szól, ha a haszonbérbe vevő, a bérlő, vagy akárki más a fundus instructust a telekről elvinné. Ekkor a bérbeadó megindithatja ezt a keresetet bárki ellen (in rem actio) és követelheti minden harmadiktól, a kinél ez a fundus instructus van, hogy az visszahozassék a telekre. Csak az actio Serviana óta lehet arról beszélni, hogy a zálogjog külön dologi, absolut jog, mert fiducia esetén csak tulajdonjog, a régi pignus esetén csak birtokjog keletkezett. Ezt az actio Servianát kiterjesztették minden más pignus conventumra és ez az *actio Serviana utilis*, vagy más szóval: *actio hypothecaria*. Ezt a pignus conventumot védő actiót kiterjesztették azután a pignus traditumra is, ezért másképp *actio pigneratitia in rem*-nek is nevezik, sőt felcserélve is használtatik.

A római jognak különös zálogjogi alakulata az ú. n. *praediatura*. Ez zálogadás az állam vagy a város követeléseinek biztositására magánosok részéről. Az állam nemcsak az adóstól, kinek neve manceps volt, hanem kezesétől, praedes, is követelt zálogot. Ha az adós kötelezettségének eleget nem tett, a zálogtárgy elárvereztetett és a legtöbbet igérőnek adatott. Az ezzel kapcsolatos usureceptio ex praediaturáról lásd a tulajdonjog fejezetében az elbirtoklás tanát (l. 251. o.).

99. §. A zálogjog fogalma (folytatás).

A zálogjog tehát részjog egy idegen dolgon, melynek az a tartalma, hogy én mindenkitől kivánhatom, hogy engem a dolog birtokában ne zavarjon (persze csak kézi zálog, pignus esetén), és ha az adós nem fizet, a dolgot eladhatom. A fő tehát, a mi minden zálognál meg van, a ius venditionis. A zálogjog dologi jog, de különbözik a többi iura in re alienától a következőkben: 1. A zálogjog *accessorius jog*, azaz valamely követelés biztositására szolgáló, azzal szorosan összekötött jog. (A kivételeket alább a zálogjogot változtató tények közt adjuk.) 2. A tulajdonjogot csak gyakorlásakor támadja meg, nem úgy mint a többi idegen dologbeli jog, a mely a tulajdonnak állandó megterheltetésével jár. A zálogjog csak egyszer támadja a tulajdonjogot, de akkor meg is szünteti, t. i. a ius venditionis gyakorlásakor. 3. A zálogjog csak egyszer gyako-

rolható, a miben, mint láttuk, a kötelmi joghoz hasonlatos. A zálogjog tehát valamely követelés biztosítására szolgál. Ebben megegyezik a kezességgel. De míg a kezességnél a biztosítékot a kezes személye nyújtja, tehát csak kötelmi jogot ad, addig a zálogjognál a biztosíték maga a dolog és csak a dolog.

A római jog a zálogjognak két faját ismeri: a kézi zálogot és a jelzálogot, pignust és hypothékát. Előbbinél a dolog mindjárt át is adatik, utóbbinál nem. Lényegileg a kettő egyforma, mert mindkettő megadja az eladási jogot a tartozás nem teljesítése esetén, mindkettő védelmére ugyanaz a dologi kereset szolgál. Mindkettő dologi jog, a mi abban mutatkozik, hogy a zálogtárgy a záloghitelezőnek kötve marad tekintet nélkül a dolog tulajdonjogában történt bármi változásra, sőt még akkor is, ha az új tulajdonos originaer módon szerezte tulajdonát. Mutatkozik továbbá abban is, hogy a régebbi zálogjog mellőzi az utóbbi keletkezését, ez a kötelmi jogoknál nincs így, sőt megelőz minden utóbb keletkezett más dologi jogot is pl. a szolgalmat. A zálogjog dologi jog voltára mutat végül, hogy védelmére actio in rem szolgál.

A rómaiak zálogjoga formátlan volt, keletkezése semmi formához nem volt kötve. Ennek tudható be a *generalis hypotheca* keletkezése, a melynél az adós egész jelenlegi és jövendő vagyonát lekötötte egy generalis clausulában. Ezzel egyes hitelezők a többiek hátrányára előnyös helyzetbe jutottak. Ennek ellenszeréül szolgáltak azután a törvényes (legalis) specialis és generalis zálogjogok, a melyek egyes előny részesítendő követelések biztosítására szolgáltak. Ez a generalis hypotheca okozta Rómában a hitel és a dolgok forgalmának egészségtelen alakulását, a min az sem segített, hogy a stellionatust, záloggal megterhelt dolognak eladását a vevő megcsalatására közbüntetéssel sújtották. A csalásnak egy másik módja volt, hogy a zálogszerződések okiratait hamis kelettel látják el, és így rangelsőbbséget adtak későbbi zálogjogoknak már fennálló régebbiekkel szemben. Ezért Leo császár elrendelte (l. 11. C. 8. 17.), hogy a hatóság (publice) vagy 3 tanú előtt (quasi publice) kiállított okirattal kötött zálogjog minden magánokiratos zálogjogot megelőzzön, ha később köttetett is.

A zálogjog tárgya (élvezeti obiectuma) mindaz lehet, a mi eladható. Quod emptionem venditionem recipit, etiam pignerationem recipere potest. A szűkebb értelemben vett zálogjog tárgya csak res in commercio lehet. (Az elzálogosítás történhetik a dolog idealis részére is, úgyszintén elzálogolhatók dologösszességek is. Helyettesíthető dolgok is tárgyai lehetnek rendes, regularis zálogjognak, gyakran azonban ezek úgy adatnak zálogba, hogy a záloghitelező a zálogjog megszűntekor, ha t. i. az adós tartozását megfizeti, ne ugyanazt, hanem csak ugyanannyi és ugyanolyan dolgot legyen köteles visszaadni. Az így nyert zálogjog *pignus irregulare*, ilyen a legtöbb realis cautio. Ezeknél a hitelező nemcsak birtokot, hanem

tulajdonjogot is nyer, a dolgot elhasználhatja, de ő viseli a veszélyt is.) Valamely dolgon keletkezett zálogjog kiterjed a dolog egész jogi egységére, az ahhoz fűződő realjogosítványokra stb., sőt a dolog pertinentiái is zálogbaadottaknak vélelmeztetnek.

A zálogjog megalapításához a tárgyon kivül biztosítandó *követelés* is szükséges. Követelés nélkül nem lehet zálogjog (némi kivételekkel), ezért accessorius jog. A biztositandó követelés bármilyen lehet, még naturalis (azaz be nem perelhető) obligatio is. Feltételhez kötött követelés biztosítására adott zálogjog szintén feltételes. Leendő követelés biztosítására is rendelhető zálogjog, a mely persze feltételezett a követelés létrejöttétől, de keletkezésére nézve attól független, azaz a dolog zálogbaadásának pillanatában keletkezik, nem a követelés keletkezésekor, a mi az elsőbbség tekintetében nagyon fontos. A zálog a biztositandó követelés minden jogszerű nagyobbodásáért és a záloghitelezőnek minden zálogjoga körében tett kiadásokért is kötve van. Megjegyzendő továbbá, hogy úgy az egész zálogtárgy a követelés minden részéért mint a zálogtárgy minden része az egész követelésért felel. Ezt fejezi ki az a paroemia: *pignoris causa et indivisa.* Ezért a zálogtárgy, ha záloghitelezőnek több örököse van, mindegyik örökösnek solidariter a maga részkövetelése erejéig kötve marad, ha pedig a zálogadós hagy hátra több örököst, a zálogadós visszatarthatja az egész zálogtárgyat mindaddig, míg minden örökös a maga résztartozását meg nem fizette. (A források itt indivisa causáról szólnak, nem individuáról, a mint hogy zálogjog pro parte incerta lehetséges is.)

A zálogtárgy tulajdonosának helyzete: A tulajdonos megtartja teljes rendelkezési jogát, ha a dolog nála maradt (hypotheka), tetszése szerint művelheti a dolgot, csak veszélyeztetnie nem szabad vele a hypothekaius követelését, mert különben ez idő előtt fölmondhatja a követelést, sőt a követelés lejárta előtt is megindithatja az actio hypothekariát jogát védő intézkedések pl. sequestratio kikényszerítésére. A zálogtárgy tulajdonosa a zálogtárgyat el is adhatja, sőt ha pignusról van szó, akkor a záloghitelező a vevőnek felmutatni is köteles. A záloghitelező azonban kikötheti, hogy a zálogadós a dolgot el ne adhassa, a minek ellenére végbevitt eladások érvénytelenek voltak. A tulajdonos a zálogtárgyat dologi terhekkel, pl. szolgalmakkal, más zálogjogokkal megterhelheti, persze a zálogjogosult jogainak sérelme nélkül és csak ily feltétellel mondhat le a zálogtárgy tulajdonáról.

A zálogjogban foglalt jogosítványok: *a)* a záloghitelező birtokolhatja a zálogtárgyat (ius possidendi); *b)* esetleg használhatja és gyümölcsét élvezheti; *c)* visszatarthatja (ius retentionis); *d)* eladhatja (ius distrahendi, venditionis); *e)* magának itéltetheti oda bizonyos esetekben (ius dominii impetrandi). Ezeket nézzük sorban:

1. *Ius possidendi.* A kézi zálognál a zálogjog keletkezésétől fogva, hypothekánál római jog szerint a követelés lejártától fogva,

ha t. i. akkor nem teljesíttetett, illeti a záloghitelezőt (a zálogjog alanyát) a birtokjog, a mely persze elbirtokoláshoz nem vezet. A mai jelzálognál a záloghitelező birtokot nem igényelhet, legfeljebb sequestratiót.

2. *Használati és gyümölcsöztetési jog.* A záloghitelező a zálogtárgyat, még ha birtokában van is, nem használhatja. Ha mégis teszi, furtum usust követ el. Rendesen gyümölcsöző dolgot azonban nemcsak joga, de kötelessége is gyümölcsöztetni, a gyümölcsök tulajdonát Dernburg szerint csak a perceptióval szerzi meg. (Köhler szerint bonae fidei possessornak tekintendő, tehát már a separatioval szerzi meg. Windscheid és Göppert szerint egyáltalában nem szerez tulajdonjogot, hanem csak elfogyasztási jogot.) Az így nyert gyümölcsök első sorban a kamatoknak, a fenmaradó rész magának a tőkekövetelésnek törlesztésére fordítandó, a még ezután is fenmaradó rész a zálogtárgy tulajdonosának kiadandó. Ha a zálogtárgygyal biztosított követelés kamat nélküli kölcsön, akkor a zálogtárgy gyümölcseit a hitelező a szokásos kamatláb erejéig magának tarthatja vissza kamat fejében. Ezt *tacita antichresis*-nek nevezik. *Antichresis* vagy *pactum antichreticum* igazi értelemben az a megegyezés, szerződés, melynél fogva a hitelező a zálogtárgy gyümölcseit kamat fejében megtarthatja. Antichresis képzelhető zálogjog nélkül is, de rendesen kapcsolatos a zálogjoggal. Számadásra a hitelező ily pactum esetén nincs kötelezve, mert a használat és gyümölcs az övéi, ha meg is haladják a rendes kamatokat, de ezzel szemben pótlást sem követelhet, ha meg nem ütik a kamatok rendes nagyságát. A pactum antichreticum, ha burkolt uzsora-ügylet, persze érvénytelen és büntetőjogilag is üldözhető.

3. *Ius retentionis.* Gordianus császár (l un. C. VIII. 26) dolosus eljárásnak tekintette, hogy a zálogbaadó a zálogtárgyat visszakövetelje, ha a záloghitelezőnek ellene még valami követelése van, bár az a követelés, a melynek biztosítására a zálogjog constituáltatott, már megszünt. A záloghitelező tehát még a biztosított követelés megszünte után is visszatarthatja más, a zálogadó ellen fennálló chyrographarius (puszta aláírásra adott, zálogilag nem biztosított) követeléseinek megszünteig. Minthogy ez a visszatartási jog (ú. n. *pignus Gordianum, qualificált retentionalis jog*) singularitas, a rangsorban utóbb álló záloghitelezőkkel és a zálogbaadó csődtömegével szemben nem érvényesithető.

Ettől a megtartási jogtól megkülönböztetendő a kereskedelmi törvényünk 309. és 310. §§-aiban szabályozott megtartási jog. Az nem a közönséges magánjogi megtartási jog (l. 143. o.), sőt a mennyiben a hitelező a megtartott dologból kielégítheti magát, inkább a kézi zálog fogalma alá esik. De különbözik ettől, hogy szerződésileg meg nem állapitható, hanem ex lege áll be, hogy nem dologi jog, csak az adóssal szemben érvényesithető, hogy a birtokállapot alapja, azaz csak annak van kereskedelmi megtartási joga, a ki az

adós dolgát birtokolja, a megtartási jog a birtokból folyik, holott a kézi zálognál a birtok nem alap, hanem eszköz a czélhoz, a követelés biztosításához.

4. *Ius distrahendi.* A teljesen kialakult *zálogjognak az eladási jog lényeges alkatrésze.* Ez különbözteti meg a zálogjogot a közönséges megtartási jogtól. A régi jogban mint láttuk csak esetleges alkatrész volt, külön pactum de vendendóban volt kikötendő. Későbbi classicus jogászok idején már fölösleges volt kikötni (naturalis alkatrészszé lett), még később az oly kikötés, hogy a zálogtárgy ne legyen eladható (pactum de non vendendo) már érvénytelen volt és csak azzal a hatással járt, hogy az eladás előtt az adóst háromszor meg kellett inteni. Ekkor a záloghitelező eladási jogát, a mi singularitás, kivétel a nemo plus iuris elve alól, magából a zálogjogból eredőnek magyarázták, holott előbb a zálogbaadó beleegyezése alapján történőnek nézték. Míg az eladási jog mindig erősbödő jelentőséget nyert, addig az ú. n. *lex commissoria* az ellenkező fejlődést mutatja. Ez t. i. a megállapodás, hogy a biztosított követelés nem teljesitése esetén a záloghitelező a zálogtárgy tulajdonát nyerje követelése fejében. Ez eleinte érvényes volt. Constantinus azonban érvénytelennek nyilvánította (l. 3. C. VIII. 34), a mi máig is így van. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a záloghitelező a zálogtárgyat meg ne vehesse, névszerint a birói zálogot annak becsértéke szerint.

A záloghitelező az eladást, kivéve a pignus iudicati captumnál (végrehajtási zálogjognál) és a fiscus zálogainál magánúton is végezheti, de nyilvános árverést is tarthat. Az eladási jognak előfeltételei: *a)* Anyagiak: a biztositott követelésnek vagy egyes részleteinek esedékessége és nem teljesitése egyrészt, másrészt az adós megintése, tehát morába esése. A követelés liquid volta, azaz pontos megállapitása, nem szükséges. *b)* Formai kellékek: az adós előleges, még pedig pactum de non vendendo esetén háromszoros értesítése és az értesités után 2 évnek letelte. Az eladás idejét a záloghitelező állapítja meg, kedvező alkalom elmulasztásáért felelősségre nem vonható, de azért bona fide kell eljárnia, lehető kedvező árat kell elérnie. Ennek ellenére véghez vitt eladás érvényes ugyan, de a zálogbaadónak az eladó záloghitelezővel szemben személyes keresete van, az actio pigneratitia in personam directa, ha pedig a vevő az eladóval összejátszott, ellene actio doli-ja van. Ha a hitelező követelése biztosítására több zálogtárgyat, tehát több zálogjogot nyert, a mit *egyetemleges zálogjognak* nevezünk, akkor jogosítva van akár az összes zálogtárgyakat egyszerre, akár szabadon választandó egy vagy többet közülük bármily sorrendben eladni. Az eladásra kerülő zálogtárgyat a római jog szerint sem a záloghitelező, sem annak valami strohmannja meg nem veheti, vétele semmis, úgyszintén meg nem veheti az adós, mert saját dolgát senki sem veheti meg.

Az eladásnak hatása az, hogy az eladó a dolgot a vevőnek

köteles átadni, a mi által az tulajdont, még pedig derivativ tulajdont nyer, ezzel szemben a vételárat köteles megfizetni. Ez minden eladás hatása. Különbözik azonban a zálogeladás minden egyéb eladástól abban, hogy az eladó záloghitelező evictióért nem felel, ő csak azért szavatol, hogy a dolog neki első helyen volt elzálogositva. Felel azonban minden elperlésért dolus esetén, azaz ha tudta, hogy az eladott dolog nem az elzálogositóé, továbbá, ha az el nem perlésért garantiát vállalt, vagy ha az eladáskor záloghitelező voltát eltitkolta. Minden egyéb esetben, ha a vevőtől a megvett zálogtárgyat elperlik, az eladótól a vételár megtérítését nem követelheti, hanem csak a zálogbaadó ellen fordulhat condictio sine causával. (Így Dernberg, a kit különben a zálogjog tanában első sorban követek, Windscheid ellenben tagadja a condictio sine causa lehetőségét ily esetben. Ulpianus l. 38. D. 21. 2 szerint a vevőt az actio pigneraticia in personam illetné az eladó volt adósa ellen. Ez téves, mert a zálogtárgy eladásával ez az eladót nem illeti már meg, nem tekinthető tehát a vevőre átszálltnak. Hermogenianus l. 74. §. 1 D. 21. 2 a pignus ex causa iudicati vevőjének az elzálogositó adós ellen actio ex empto utilist akar adni.)

A zálog eladásának czélja és következménye a biztositott követelés megszünése. A mi a vételárból a követelés kielégítése után fenmarad, a *hyperocha* az elzálogositónak kiadandó, még pedig kamatostul, ha az eladó záloghitelező saját czéljaira forditotta, vagy késedelembe esett. A mennyiben a zálogtárgy eladási ára a követelést nem fedezi, annak nem fedezett része tovább is fenmarad. A zálogtárgy el- és átadása által a rajta fennállott zálogjog (söt a rangban hátrább álló zálogjogok is) megszünik.

5. *Ius dominii impetrandi.* Ha a zálogtárgy eladása nem sikerül, és az adós újabb megintése eredménytelen marad, akkor a záloghitelező a zálogtárgy tulajdonának odaitélését kérheti a császártól, a mit ez a zálogtárgy megbecslése alapján meg is tesz. De ez az impetratio dominii nem végleges, mert még további két esztendeig a zálogadósnak kiváltási joga van. Ha az odaitélt zálogtárgy értéke meghaladja a követelést, a hyperochat a záloghitelezőnek ki kell adnia, ha pedig nem fedezi, a fenmaradó rész erejéig a követelés tovább is fennáll. A pignus in causa iudicati captumnál az impetratio dominii abban is nyilvánult, hogy a hitelező a biróval a követelés helyett magát a dolgot annak valódi értéke szerint itéltetheti oda magának.

100. §. A zálogjog keletkeztető tényei.

A zálogjog keletkezéséhez három szükséges: követelés, zálogtárgy és keletkeztető tény. A keletkeztető tények ismét három csoportba oszthatók: jogügyletek (pignus voluntarium, a mely pignus testamentarium és conventionale lehet), birói itélet (pignus iudiciale)

és közvetlenül a törvény (tacitum pignus legale vagy tacita hypotheka legalis).

I. *Zálogszerződés* (*pignus conventionale*). A zálogjog keletkezéséhez a formátlan szerződés elegendő. Ennek a szerződésnek a neve, ha hypotheka keletkeztetése a czél, *pactum hypothecae*, annak azonban, a mely kézi zálogot constituál, a források külön nevét nem említik. Contractus pigneraticiusnak lehetne nevezni. Zálogszerződéssel zálogjogot csak a dolog tulajdonosa (a condominus része erejéig) constituálhat, az emphyteuta, superficiarius, az usufructuarius és a jóhiszemű birtokos csak azon személyek jogának sérelme nélkül, a mely személyek joga rájuk is kiterjed, mert nemo plus iuris, de tantum iuris igenis transferre potest, quam ipse habet. Zálogjogot nemcsak saját tartozásunkért, hanem idegenért is constituálhatunk, az utóbbi az intercessiónak egy esete lehet. Csak saját dolgunkat zálogosíthatjuk el, a római jog megkivánja: in bonis esse tempore conventionis, a nem tulajdonostól az igazi tulajdonos beleegyezése nélkül adott zálogjog érvénytelen. De ez is convalescálódhatik, ha az elzálogositó nem tulajdonos később a dolog tulajdonosává, vagy a dolog tulajdonosa az elzálogositó nem tulajdonos örökösévé lesz· és Dernburg szerint akkor is, ha a hitelező az elzálogositót a zálogszerződés idején elzálogositásra jogosítottnak gondolta. (Ez vitás.)

A zálogszerződés, minthogy dologi jogot constituál, dologi szerződés. Megkülönböztetendő tőle a kötelmi zálogszerződés, melynek neve szintén contractus pigneraticius. Ha A. a dolgot átadja a maga hitelezőjének, kétféle jogviszony keletkezik, melyet egymástól élesen meg kell különböztetni. Ez a két viszony olyan, mint a milyen az ususfructusnál is keletkezik: dologi és kötelmi viszony, ususfructus és cautio usufructuaria. A zálog átadása rendesen egyszerre mindkét viszonyt szüli. Szül először is kötelmi jogot, ezért kötelmi szerződés, a mely, minthogy csak a dolog átadásával perfect, realis szerződés. Az obligationalis viszony, melyet ez szül, abban áll, hogy a záloghitelező a zálogadóssal szemben magát arra kötelezi, hogy ha az adós tartozását megfizeti, a dolgot vissza fogja adni. E kötelmi viszonyban tehát a biztositandó követelés adósa a jogositott alany, a hitelezője az pedig, a ki a zálogot nyeri, innen záloghitelező, a kötelezett alany. A szerepek tehát épen megforditottjai a dologi zálogjog szerepeinek. A dologi zálogjogban a jogositott alany a biztositandó követelés hitelezője tehát a kötelmi zálogviszonynak épen adósa, kötelezett alanya, ellenben kötelezett alany mindenki, tehát a zálogbaadó, vagyis a kötelmi zálogviszony jogositott alanya is, de nemcsak ő, hanem mindenki. A kötelmi zálogviszony létrejön néha ott is, a hol dologi zálogjog nem keletkezik. Ha én egy órát, a mely nem az enyém, zálogba adok, nem keletkezik dologi zálogjog, mert a zálogjogot csak a dolog tulajdonosa constituálhatja. De az a kötelezettség,

hogy a hitelezőm nekem az órát visszaadja, ha én a tartozásomat megfizetem, tehát a kötelmi zálogviszony mégis létrejön. Mert a kötelmi viszonyhoz csak az kell, hogy hitelezőmnek követelése biztosítására bármi dolgot átadjak és ő magát arra kötelezze, hogy követelése megszüntével a dolgot nekem visszaadja. Másrészt megint lehetséges, hogy én dologi zálogjogot constituálok a kötelmi viszony nélkül, azaz a nélkül, hogy a dolog visszaadására irányuló kötelezettség létrejött volna. Ilyen természetesen az eset, a mikor a záloghitelező, a dologi zálogjog jogositott alanya, nem is nyeri meg a zálogtárgy birtokát, vagyis a dolog neki át nem adatik, azaz a hypotheka esete. Három eset lehetséges tehát: 1. Létrejön a dologi zálogjog és kötelmi zálogjogviszony is; ez a rendes pignus esete. 2. Létrejön dologi zálogjog, de a kötelmi nem, vagyis dologi zálogszerződés köttetik, de a kötelmi contractus pigneraticius nem; ez a hypotheka. 3. Létre jön a kötelmi zálogviszony, de dologi zálogjog nem.

A kötelmi zálogszerződésből eredő követelés védelmére a jogositott fél, t. i. a zálogbaadó, a biztositandó követelés adósa: *actio pigneraticia in personam directat* nyer. E nélkül az adós adóssága lefizetése esetén zálogba adott dolgát csak rei vindicatióval nyerhetné vissza, a mely fegyver azonban csütörtököt mondana, ha nem a saját dolgát zálogositotta el. Ezt az actio in personam directat tehát a zálogadós a záloghitelező ellen indíthatja tartozása lefizetése után a zálogtárgy kiadása iránt. Ugyancsak a kötelmi viszonyból nyer keresetet a záloghitelező, tehát a kötelmi zálogviszony adósa is. Ő az *actio pigneratiára in personam contrariat* nyeri a zálogadós, tehát a kötelmi zálogviszony jogositott alanya ellen a zálogtárgyra forditott kiadásai erejéig. Ezt a keresetet azonban csak a zálogbaadó ellen indíthatja, hiszen csak vele áll a kötelmi zálogviszonyban. Ettől a két keresettől megkülönböztetendő a dologi zálogjogból eredő *actio hypothekaria* vagy *pigneraticia in rem*, melyet a záloghitelező bárki ellen megindíthat, a ki őt a zálog birtokában vagy követelésének a zálogtárgyból való kielégitésében zavarja vagy attól megfosztja. A három kereset között a viszony tehát ez:

az actio pigneraticia in personam directat a zálogadós indithatja a záloghitelező ellen a zálogtárgy visszaadására;

az actio pigneraticia in personam contrariat a záloghitelező a zálogadós ellen a zálogtárgyra tett kiadásai fejében;

az actio pigneraticia in rem-et (actio hypothekariát) a záloghitelező bárki ellen, ki dologi zálogjogát megsérti.

II. *Testamentum* (*pignus testamentarium*). Erről az örökjogban.

III. *Birói itélet.* Ennek három módja van: 1. A biró az osztó perekben *adiudicatio*-val constituál zálogjogot. 2. Birói birtokbautalás valamely követelés biztositására. Minthogy ezt a praetor végezte

a missio in possessionem által keletkezett zálogjog neve: *pignus praetorium*. Ilyen követelést biztosító missiones in possessionem voltak: *a) missio rei servandae causa*, csőd esetén a hitelezőnek az adós egész vagyonának birtokába utalása; *b) missio legatorum servandorum causa*, a legatariusnak a hagyaték birtokába való utalása, ha az örökös a még nem esedékes legatumok kifizetését biztosítani nem akarta; *c)* a *cautio damia infecti* megtagadása esetén történt missio in possessionem és *d) missio ventris nomine*, a terhes nőnek a hereditas iacensbe való utalása az őt megillető alimentatio biztosítására. Az ilykép birtokbautaltak azonban csak detentiot nyertek, eladási jogot nem és csak Justinianus adta meg nekik az actio hypothecaet. 3. A birói úton keletkező harmadik fajtája a zálogjognak a végrehajtási zálogjog, *pignus in causa iudicati captum*, újabb neve: *pignus iudiciale*. Az ilyen zálogolás a római jog csak a császári idő óta és csak az extraordinarius eljárásban ismeretes. A birói végrehajtási parancs alapján az ú. n. executor vagy apparitor végezte a zálogolást, és ha az adós két hónapon belül az itéletnek eleget nem tett, az így megzálogolt dolgok nyilvános árverésen a legtöbbet igérőnek adattak el (auctio, subhastatio; ha a vevő a vételárt meg nem fizeti, újabb árverés, resubhastatio tartatik). Ily birói árverésen vevő a hitelező is lehet, mert nem ő, hanem a biró az eladó. Ily esetben külön eljárás a tulajdon odaitélésére, dominii impetratio fölösleges.

IV. *Ex lege* (pignus legale). A római törvényes zálogjogok részint specialisak, azaz egyes vagyontárgyakra, részint generalisok, egész vagyonra irányulók. Van tehát *tacita hypotheka legalis specialis és generalis*. A tacita megjelölés azt akarja jelezni, hogy ez esetekben a zálogjog mintegy a zálogadós hallgatólagos beleegyezésével jön létre, ez azonban nem igaz.

A specialis törvényes zálogjogok közül a legnevezetesebb a bérbe- vagy haszonbérbeadónak a zálogjoga. Úgy a bérbe- mint a haszonbérbeadónak a bérleti szerződés alapján törvényes zálogjoga van a bértárgyra hozott ingókra (illata) és a belőle húzott gyümölcsökre a meg nem fizetett bérösszeg fejében. Az albérlő által hozott illata-kra és általa szedett gyümölcsökre csak akkor és annyiban van a főbérbeadónak zálogjoga, ha és a mennyiben ez az albérlő a maga bérbeadójának is hátralékban van a bérrel. A bérbeadó zálogjogának különös védelmi eszköze a *ius percludendi,* t. i. a zálogtárgyak elvitelét megakadályozhatja (a mai háziuraktól nagyon gyakran praktizált jog). A bérlőnek az ilyen percludált tárgyak kiadására *interdictum de migrando*-ja van, ha bebizonyítja, hogy a bért már lefizette, vagy hogy az a dolog nem tartozik a zálogtárgyak közé. Az így visszatartott dolgok elvivője ellen a bérbeadónak actio Servianája, később a rendes zálogkeresete van, de ha az elvitel az ő tudtával és ellenkezése nélkül történt, zálogjoga megszűnik.

Specialis hypothekát továbbá a következő követelések biztositására ismert a római jog: Valamely épület helyreállítására nyujtott kölcsön biztositására maga az épület szolgált. A kiskorú gyámoltnak az ő pénzen vett dologra volt kártéritési követelése biztositásául törvényes zálogjoga. A legatariusnak zálogjoga van a legatummal megterheltnek azon dolgain, a melyeket az örökhagyótól kapott.

Generalis zálogjog illeti:

1. A fiscust, császárt és császárnét bármilyen követelésük, kivéve a büntető ügyieket, biztositására;

2. az egyházakat emphyteutáik vagyonán a dolog rongálása miatt;

3. a kiskorúakat, elmebetegeket gyám-, illetve gondnokuk vagyonán a vagyongondozásból eredő követelések biztositására (ha az anya a gyám vagy gondnok, és második házasságra lép, a mostohaatya vagyonát is terheli a gyermek zálogjoga);

4. a gyermekeket atyjuk vagyonán az anyjuktól vagy anyai ascendenstől kapott adventiciaik biztositására és a parens binubus vagyonán a lucra nuptialiak fejében;

5. a feleségnek férje vagyonán dosa (hypotheka dotalis), donatio propter nuptiasa és férj kezelésére bizott vagyona — parapherna — fejében;

6. a férjnek a dost igérőnek vagyonán a dos fejében, végül

7. annak, a kinek valamely házastárs úgy hagyott legatumot, hogy csak akkor kapja meg, ha a túlélő házastárs újból megházasodnék, a sub condicione viduitatis megajándékozott házastárs vagyonán.

101. §. A zálogjogot változtató tények.

Baron a zálogjogot változtató tényeket három csoportba osztja: a biztositott követelésben, a zálogjog tárgyában és alanyában beálló változások. Hogy azonban pignoris causa est indivisa, azaz, hogy a zálogjog ugyanaz marad, ha a követelés változik is, nem tekinthető a zálogjog változásának, és azért mi azzal a zálogjog fogalmánál foglalkoztunk. Itt tehát csak a másik két esetet kell tárgyalnunk.

Tárgyilag változtató tények: Ha a zálogtárgy kisebb lesz, természetesen a zálogjog is tárgyilag kisebb, de az elzálogositó a contractus pignoraticius és esetleg a lex Aquilia alapján ezért felel, ha a kisebbülést ő okozta. Ha a zálogtárgy részekre oszlik, parcelláztatik, vagyis több dologgá lesz, akkor a zálogjog minden egyes részre kiterjed. Ha a zálogtárgy megnövekszik, vagy részeiben gyarapodik, a zálogjog is (tárgyilag) nagyobb, így ha az elzálogositott telken ház épül, ha alluvio történik stb. Ugyanez áll, ha a dolgot megillető jogositványok gyarapodnak, pl. az elzálogositott praedium dominans új telki szolgalmat nyer. De nem terjed ki a zálogjog az új önálló dolgokra, pl. nem az alveus derelictusra, insula in

flumine-re stb. A zálogtárgy gyümölcseire a zálogjog csak akkor terjed ki, ha azok a separatióval a zálogtárgy tulajdonosáé lesznek. Vitás kérdés, vajjon az universitas rerumhoz, ha t. i. az a zálogtárgya, került dolgok szintén tárgyai-e a zálognak. A források szerint az elzálogositott nyájhoz kerülő juh szintén tárgya a zálogjognak, de már valamely árúraktárhoz került újabb árúdarabok nem. A döntés alapja, úgy látszik, a zálogot megállapítók vélelmezett akarata, a mely ellenkező akaratnyilvánitással megdönthető. Ha végül a zálogjog generalis, azaz az egész vagyonra kiterjedő, akkor Justinianus szerint a vagyonhoz kerülő minden újabb dolog is tárgya a zálogjognak, sőt a vagyontömegből eladott dolgokon is fenmarad a zálogjog.

Alanyilag változtató tények: A zálogjog alanyában csak úgy történhetik változás, ha egyszersmind a követelés alanya is megváltozott. Megváltozik tehát a zálogjog alanya (persze csak a jogositott alanyról lehet szó, mert hiszen kötelezett alanya mindenki), ha a követelés (jogositott) alanyában akár universalis, akár singularis successio által változás állt be. Az új hitelezőre száll át a követeléssel együtt a zálogjog is. Ez a zálogjog accessorius természete. Némely esetben azonban a zálogjog nem accessorius természetű, egyik követelésről a másikra száll, úgy hogy az új zálogjogosult csak a zálogjogba succedál, a vele biztositott követelésbe nem. A zálogjog ilyetén alanyi változását *successio hypoethekariá*-nak nevezik, és csak akkor van helye, ha az átruházott zálogjognak más zálogjogok előtt elsőbbsége van, vagyis a zálogtárgyon több zálogjog állott fenn, a melyek közt a succedálandó zálogjog nem állott utolsó helyen. A successio hypothecaria esetei a következők:

1. A zálogjogi prioritással biró követelés novatiója, régi követelés helyébe azonos tartalmú új lép. Az új követelés a réginek biztosítására szolgáló zálogjogot nyeri, vagyis ha pl. a régi követelésnek primus, első helyen, zálogjoga volt, akkor a novatio útján létrejött követelés ugyanezt a zálogjogot nyeri, bár később keletkezett, mint a második, harmadik helyen biztositott követelések.

2. A ki pénzt ad egy előbb álló záloghitelezőnek kielégitésére, és ezért magának a dolgon zálogjogot köt ki, az, ha az elől álló hitelező követelése a pénzzel kielégíttetett, ennek zálogjogába succedál. Ugyanez az eset, ha valaki, pl. egy hátul álló záloghitelező a zálogtárgyat abból a czélból veszi meg, hogy a vételárból egy előlálló záloghitelező kielégíttessék. Ilyenkor a vevő zálogjogot szerez minden követelés nélkül a saját dolgán. Ezzel szemben Dernburg szerint ily esetben és egyáltalában a successio hypothecaria minden esetén nemcsak a követelés nem száll át, de még a zálogjog sem. Szerinte ilyenkor a követeléssel együtt a zálogjog is megszűnik és a hitelezőt kielégítő, vagy az e czélból a zálogtárgyat megvásárló új zálogjogot nyer. A minek az alanya megváltozik, az nem a zálogjog, hanem az elsőbbség, a rang. A

successio hypothecaria nem in hypothecam, in pignus successio, hanem successio in prioritatem. Baron szerint a hypothekaria successiónak ilyetén felfogása a forrásokkal ellenkezik. A régibb irók különben még tovább mentek, mint Windscheid, Baron stb., a kik t. i. a zálogjogot tovább fennállónak mondják. Mühlenbruch és mások még azt vitatták, hogy a successio hypothecaria esetén nemcsak a zálogjog marad meg és száll át az új zálogjogosultra, hanem egy cessio legis alapján maga a követelés is. Ez már azért is helytelen, mert az 1. esetben pl. a követelés kifejezetten megszünik.

3. Valamely a rangsorban hátrább álló hitelező bármely előtteállónak követelése kielégítését felajánlhatja (*ius offerendi*) és ha ez a kielégítés tényleg megtörtént, vagy, ha a hitelező a kielégítési összeget elfogadni nem akarta, biróilag deponáltatott, akkor a hátrább álló hitelező az előtte állónak zálogjogába lép, persze a közbülső hitelezők sérelme nélkül. Ha tehát pl. a primus követelése 500 frt, secundusé 1000 frt, tertiusé 800 frt, és tertius a ius offerendit primussal szemben gyakorolja, akkor ő a primus zálogjogába (Dernburg szerint csak prioritásába) lép, de csak 500 frt erejéig (a mivel primust kielégítette), az eredeti 800-zal tovább is harmadik helyen marad. Hogy neki mi a czélja, hogy primust (vagy esetleg secundust) kielégítse, holott ez által a saját követelésével nem jut előbbre? Esetleg például attól fél, hogy primus rossz időben fogja a dolgot értékesíteni, úgy hogy az ő 3. helyen álló követelésének kielégitésére nem fog sor kerülni a vételár csekély volta miatt. Római jog szerint a ius offerendi elévül, ha a posterior a priort a zálogadós életében 40, halála után 30 évig a zálogtárgy birtokában hagyta. Vitás, vajjon egy korábbi hitelező valamely hátrább állóval szemben a ius offerendit gyakorolhatja-e? Paulus sententiái II. 13. §., 8. alapján a legtöbb iró erre igennel felel.

4. Ha a később álló záloghitelezőnek követelése biztositására más zálogtárgyon is van zálogjoga (egyetemleges zálogjog) és ő megengedi, hogy ez a másik zálogtárgy eladassék és a vételárból az ezen zálogtárgyon előtte álló hitelező kielégíttessék, akkor ő ennek zálogjogába lép.

Egész más a mai *elsőbbségátengedés*. Ha az egyik záloghitelező a maga elsőbbségét átengedi valamely későbbinek (cessio prioritatis), akkor voltaképen helycsere történik. Ez persze megint a közbülső hitelezők sérelme nélkül kell, hogy végbemenjen. Pl. primus követelése 300 frt, secundusé 500 frt, tertiusé 400 frt, quartusé 800 frt. Most primus átengedi a maga helyét quartusnak, akkor quartus 300 frt erejéig primus helyébe lép, de 500 frttal régi helyén marad, és primus a maga 300 frtjával szintén quartussá lesz. Ugyanez az eset, ha a biró itéli oda két különböző helyen álló zálogjog közül az egyiknek az elsőbbséget. Csakhogy ez esetekben nincs igazi successio, mert ez csak a két fél között hatályos, ius facit inter partes. Mindenki mással szemben a helyzet a régi

marad. Ha pl. a helyét átengedő hitelező követelése megszűnik, akkor nem az engedményes, a quartus, marad a helyén, hanem a secundus lép előre, és így tovább, quartus pedig egész követelésével régi helyén marad, t. i. tertius mögött. Ha azonban ma az elsőbbség átengedése telekkönyvileg bekebeleztetik, a telekkönyv minden bejegyzése dologi hatályú lévén, az elsőbbség átengedése valóságos successio lesz. Exner (Das österr. Hypothekenrecht) szerint ennek is csak viszonylagos hatálya van, a mi nyilván ellenkezik a telekkönyv rendeltetésével.

102. §. A zálogjogot megszüntető tények.

A zálogjog megszűnik:

1. Ha a zálogtárgy megsemmisül, vagy res extra commerciummá lesz.

2. *Confusio.* Ha a záloghitelező a zálogtárgy tulajdonosává vagy fordítva a zálogtárgy tulajdonosa a hitelező utódjává lesz.

A római jognak elve ugyanis, hogy senkinek sem lehet a saját dolgán zálogjoga. Ez az elv módosulást szenved, ha több hitelező közül az előlálló lesz a dolog tulajdonosává, akár mert zálogjogáról nem tud és így szerzi meg a dolog tulajdonát (lex Latinus Largus), akár hogy a dolgot az adóstól fizetés helyett elfogadja, akár pedig fordítva maga a zálogtárgy tulajdonosa elégíti ki az előlálló hitelezőt, és ez rá követelését a zálogjoggal együtt cedálja. Hogy ilyenkor a tulajdonos a maga dolgán zálogjogát folytassa, igazságos és helyes, mert különben anyagilag sérelmet szenvedne, a hátrábbi hitelezők pedig ok nélkül előnyt nyernének. Némely újabb iró elvként állítja fel, hogy a római jog a tulajdonosnak a saját dolgán zálogjogot enged. Ez azonban nem igaz. Az előbbi eset csak kivétel.

3. Ha a záloghitelező zálogjogáról lemond akár hallgatólag, akár kifejezetten, akkor a zálogjog megszűnik. Római jog szerint lemondásnak tekintetett az is, ha valamely telek eladásakor a záloghitelezők nyilvánosan jelentkezésre szólíttattak fel és bár helyben voltak, mégsem jelentkeztek. Ez volt a római jognak egyetlen ellenszere a publicitas hiánya ellen.

4. Megszűnik végül a zálogjog *elévülés* által. A ki a zálogtárgyat jóhiszeműleg, azaz azt terhelő zálogjogról nem tudva szerezte, és 10, illetve inter absentes legfeljebb 20 év alatt birtokolta, a záloghitelező keresetével szemben praescriptio longi temporist nyert, sőt ha a dolog a záloghitelezőhöz kerül, tőle ki is vindicálhatja. A zálogjog tehát megszünt. Nem évül el azonban a zálogjog, ha az elzálogosító vagy annak örökösei birtokolják a dolgot a mondott időn át. A zálogjog elévülésétől meg kell különböztetni a zálogjogi igény elévülését, a mely csak 40 év után történik.

5. A feltétel vagy időhatározmány beállta, a melyhez a zálogjog megszünése kötve volt, szintén megszünteti a zálogjogot.

6. A követelés megszüntével megszünik a zálogjog is. A kivételeket már a successio hypothecariánál tárgyaltuk. Megmarad persze a zálogjog, ha a követelés naturalissá (be nem perelhetővé) lesz. Sőt Paulus említ egy esetet, mikor nem a zálogjog marad fenn a naturalis obligatio kedvéért, hanem ellenkezőleg a naturalis obligatio marad fenn a zálogjog kedvéért (l. 61. (59.) pr. D. 36. 1.). Az eset az, hogy a záloghitelező az adós örökösévé lesz, de megterhelve universalis fideicommissummal. Ilyenkor zálogjoga megmarad és remanet propter pignus naturalis obligatio. A mai telekkönyvi intézmény mellett követelés és zálogjog közt nem oly erős a kapcsolat: a zálogjog megmarad követelés nélkül is és helye bármely későbbi hitelezőnek átengedhető. (Voltaképen csak a prioritas marad meg, de a zálogjog nem, ha a kettőt így elválasztanunk szabad, a mi nincs általánosan elismerve.)

7. Megszünteti végül a zálogjogot a zálog eladása is. Ez nemcsak az eladó, hanem minden záloghitelező zálogjogát megszünteti. (Ma a telkek subhastatiójánál erre nézve két rendszer áll fenn a a különböző államokban: a törlési és átvételi rendszer. A törlési rendszernél a telek eladásakor a rajta fennálló összes zálogjogok megszünnek, az átvételi rendszernél a telek vevője az eladó záloghitelezőt megelőző hypothekákat a tőke erejéig átvállalja, tehát nem szünnek meg.) Ha nem a záloghitelező adja el a dolgot, akkor a zálogjog meg nem szünik, csak a következő kivételes esetekben: *a*) Ha a császár, a császárné vagy a fiscus adja el a dolgot, mint zálogtól menteset és *b*) ha az örökös, a ki a beneficium inventariivel élt, adja el a zálogtárgyat a hitelezők és legatariusok beleegyezésével.

8. Büntetésből megszünik a zálogjog, ha a záloghitelező visszaél a dologgal, deteriorálja.

103. §. A zálogjog védelme.

A zálogjog védelmére szolgáló actiónak neve, alkotója révén: *actio Serviana* és *quasi Serviana*, tartalma szerint: *actio hypothekaria* (*vagy pigneraticia*) *in rem*.

Felperes a nem birtokló záloghitelező, alperes bármely birtokos (a tulajdoni alperesség elvei szerint, tehát a detentor és a fictus possesor is). A meginditási időpont tekintetében különbséget kell tenni a kézi zálog és jelzálog közt. A kézi záloghitelező követelése lejárta előtt is megindíthatja a keresetet a zálogtárgy visszaadása iránt, ha t. i. birtokát elvesztette, a hypothekarius rendszerint csak a követelés lejártakor, előbb csak különös veszélyeztetés esetén. Felperesnek a maga zálogjogát, alperes birtokát és hypotheka esetén a követelés lejártát is kell bizonyítania. A kereset petituma: a zálogjog elismertetése, a zálogtárgy birtokának átadása és a

mennyiben a zálogtárgy a követelés kielégitésére nem elegendő, az időközben húzott vagy húzandó gyümölcsök átadása is. A mennyiben az itélet pénzbeli condemnatio, ha a zálogadós a birtokos, csak a követelés erejéig marasztaltatik el, minden harmadik, a zálogtárgy teljes értékében.

Alperes a következő kifogásokkal védekezhetik:

1. A fizetést felajánlja, a mivel a követelés és így a zálogjog is megszünik. Jóhiszemű harmadik birtokosok (harmadik birtokos, mindenki csak a zálogadós nem) a fizetés fejében felperestől keresete cessióját kérhetik (*beneficium cedendarum actionum*). Ha ő ezt megtagadja, keresetével visszautasíttatik.

2. Retentióval élhet a zálogtárgyra tett kiadásai fejében, még pedig a jóhiszemű birtokos a hasznos kiadások erejéig is.

3. Alperes védekezhetik azzal is, hogy neki erősebb vagy egyenlő zálogjoga van (melior est condicio possidentis).

4. Emelheti az elévülés kifogását, még pedig, ha ő az adós vagy annak közvetlen örököse, illetve hátrább álló záloghitelező, 40 évi, különben 30 évi birtoklás után.

5. Ha a felperesnek követelése biztositására generalis és azonkivül specialis zálogjoga is van és ő a keresetet generalis zálogjoga alapján inditja meg, *exceptio excussionis realis*-sal visszaüthető es arra utasitható, hogy előbb a specialis zálogjog alapján keressen kielégitést (beneficium excussionis realis).

6. Justinianus behozta a beneficium excussionis personalist, a melynek alapján a záloghitelező *exceptio excussionis personalis*-sal arra volt utasítható, hogy mindenek előtt a személyes adósok (a főadós és kezesei) ellen forduljon, mielőtt a harmadik birtokos ellen a zálogkeresetet megindítaná.

A mai actio hypothekariában a rómainak elve módosulást szenvedettek. Ma ugyanis a jelzálog birtoka még a követelés lejártakor sem követelhető, hanem csak az, hogy az ingatlan vagy sequestratióba helyeztessék vagy elárvereztessék (kényszer-subhastatio.)

Az actio hypothekarián kivül a záloghitelezőt, mint birtokost a birtokinterdictumok, mint bérbeadót a bérlő illatain az *interdictum Salvianum* és általában utiliter az actio negatoria, confessoria és más személyes keresetek illetik meg, de ez utóbbiak alapja nem a zálogjog, tehát nem itt tárgyalandók. A ki a publicianus tulajdonostól nyert zálogjogot, az az actio hypothecariát, mint Publicianat indíthatja meg.

A középkor óta minden hitelező, a ki prima facie zálogjogot tudott felmutatni, megindíthatta az interdictum Salvianumot, a mely tehát új rendeltetést nyert. Szintén prima facie zálogjoga volt annak a hitelezőnek, a ki a követelést megállapitó szerződés mellett ú. n. *pactum de ingrediendot* kötött az adóssal, hogy t. i. a biztositott követelés nem teljesitése esetén a zálogtárgyat önhatalmúlag birtokba veheti. Az ily hitelező e pactum alapján igénybe vehette a birói segélyt.

104. §. Több záloghitelezőnek egymáshoz való viszonya.

Egy dolgon több zálogjog is constituálható, még pedig nemcsak pro partibus indivisis, hanem úgy is, hogy minden egyes zálogjog az egész zálogtárgyra áll fenn. Az utóbbi esetben (és erről szólunk a továbbiakban) a záloghitelezők közt bizonyos sorrend van, a mely részben általános, részben singularis jogszabályon nyugszik, a mely utóbbinak fenforgásakor privilegizált zálogjogról beszélünk.

A rendes sorrend tekintetében meg kell különböztetni:

a) Ha ugyanannak a dolognak az elzálogositása különböző auctoroktól ered, a kik jogi vonatkozásban nem állanak, akkor az a záloghitelező, a kinek auctora erősebb jogú pl. tulajdonos, holott a másiké csak jóhiszemű birtokos, tekintet nélkül a zálogjog keletkezési idejére megelőzi a zálogjogot gyöngébb auctorra alapitó záloghitelezőt;

b) ha a dolgon ugyanaz az auctor (vagy annak sucessora) constituált több zálogjogot, akkor

α) ha a zálogjogokat egy időben constituálta, a mivel egyenlőnek vétetik, ha a zálogjogok keletkezési ideje már ki nem puhatolható, akkor kifelé a zálogjogok egyenlő rangúak, egymás közt melior est condicio possidentis.

β) Minden egyéb esetben *qui prior tempore, potior iure*, a rangsor az idő szerint állapittatik meg.

Megjegyzendő azonban, hogy Leo császár constitutiója szerint a pignus publicum és quasi publicum minden, bár korban előbbi, de zálogjogát csak magánokiratra visszavezető, záloghitelezőt megelőz.

A rendes sorrend alól a második kivétel a privilegizált zálogjogok, a melyek minden régebbi zálogjogot megelőznek. Ilyenek a fiscusnak adóhátralékok és más közszolgálatok biztosítására szolgáló generalis hypothekája, továbbá annak a hitelezőnek a zálogjoga, a ki a zálogtárgy fentartására, helyreállítására, megszerzésére adott pénzt (in rem versio) és Justinianus szerint a hypotheka dotalis (de csak a nő és descendenseinek zálogjoga, a nő successoraié nem). Ha több privilegizált zálogjog concurrál egymással, az elsőbbség a fiscus adókövetelését biztositó zálogjogé, sőt dotalis hypothéka is megelőzi az in rem versióból támadt zálogjogot.

Vajjon a publicus és quasi publicus záloghitelezők a privilegizált, de nem publicus záloghitelezőket megelőzik-e, vitás. Az uralkodó nézet szerint nem.

Teljes korlátlan zálogjoga csak a legelől álló hitelezőnek van, csak ő adhatja el a zálogtárgyat (ma a hátrább álló is, de csak az előtte álló jogainak sérelme nélkül), a vételárból először az ő követelése elégittetik ki. A hátrábbállónak csak az a joga van meg, hogy a hyperocha őt illeti, azaz az előtte álló követelésének

kielégitése után fenmaradó része a vételárnak az ő követelése kielégitésére fordittatik. Meg van neki továbbá a *ius offerendi* et *succedendi*, bármely előtte álló hitelezőt kielégithet és a kielégitési összeggel annak helyébe léphet. Már a kereset, az actio hypothecaria őt feltétlenül megilleti, persze az előtte vagy vele egy sorban álló hitelező őt exceptióval visszautasithatja.

A successio hypothecaria is voltaképen több zálogjog egymásközti viszonyára vonatkozik. Erről azonban már a zálogjog változásánál beszéltünk.

105. §. Jogok elzálogositása.

(Dernburg nyomán.)

A zálogjogot, a mely a római jogban dologbeli jog, a praxis kiterjesztette a res incorporales-re is. Megengedte, hogy jogot, követelést is zálogba lehet adni, mert jó és biztos követelés époly megbizható zálogtárgy, mint a testi dolog. Elvvé lett, hogy mindent zálogba lehet adni, a mit el lehet adni. Igy fejlődött ki a *pignus nominis* intézménye. Ennek jogi természetére nézve két elmélet áll fenn. Az egyik szerint a pignus nominis époly zálogjog jogon, mint a pignus rei dolgon; érvényesitésére szintén az actio hypothekaria szolgál. Ezzel szemben a másik (helyesebb) nézet szerint a jogon való zálog tárgya nem a jog, mert ez ellentétben van a római jog azon alap elvével, hogy jognak tárgya jog nem lehet. A zálogjog jogon voltaképen a zálogbaadott jognak egy a zálog czéljából történő korlátolt cessiója. Azért korlátolt cessio, mert a mennyiben a záloghitelező jogai általa sérelmet nem szenvednek, az elzálogositó (a ki szintén hitelező, t. i. a zálogba adott követelés hitelezője) jogai fenmaradnak. A záloghitelező, hogy jogi zálogjogát biztositsa, a harmadadóst (t. i. a zálogba adott követelés adósát) értesitheti — denuntiatio.

A jogon zálogjogot biró hitelezőnek zálogjoga érvényesitésére két eszköze van:

1. Ha követelése lejárt, az elzálogositott követelést a harmadadóstól behajthatja: ius exigendi (l. 18. pr. D. 13., 7.), még pedig nemcsak a maga biztositott követelése erejéig, hanem teljes egészében. A harmadadós csődtömegében is tehát az egészszel szerepel. Ha persze mindkét követelés pénzkövetelés, csak a maga biztositott követelésének megfelelő összeget fog kaphatni. Ha a záloghitelezőtől ekkép érvényesitett zálogba adott követelés kielégitése pénzben történik, akkor ő a pénz tulajdonát nyeri, minden egyéb behajtott dolgon csak zálogjogot, míg a tulajdon az elzálogositó közvetlen hitelezőé.

2. A záloghitelező a neki zálogositott követelést eladhatja (pénzért cedálhatja), és a vételárból magát kielégitheti. Ez állandó

árfolyamokkal biró értékpapiroknál feltétlenül áll, minden egyéb követelésnél csak akkor, ha a harmadadós önként nem fizet.

A jogra való zálogjogok közül a legvitásabb materia magának a zálogjognak zálogba adása: *pignus pignoris*, *subpignus*. Sokan benne csak újabb a zálogtárgyon a záloghitelező által constituált zálogjogot látnak. Ez helytelen, mert a záloghitelező nincs jogositva zálogjogot constituálni. A subpignus nem egyéb, mint a zálogjogilag biztositott követelésnek, t. i. a subpignust constituáló záloghitelező követelésének elzálogositása a vele kapcsolatos zálogjoggal együtt. Az imént részletezett elvek tehát erre is kiterjednek.

Fontos végül a *szolgalmak elzálogositása*. Ennek két alakja ismeretes. Először már fennálló szolgalomnak a szolgalmas által történő elzálogositása, másodszor egy az elzálogositással egyidejüleg és ép e czélból constituált szolgalomé a dolog tulajdonosa által. Az első csak ususfructus esetén lehetséges, a hol a záloghitelező az ususfructusnak a zálogjog czéljából történő gyakorlására van jogositva és a gyakorlás által a maga követelését kielégitheti. Ha követelése esedékes, az ususfructus gyakorlását zálogjogilag el is adhatja. A szolgalom elzálogositásának második módjának leggyakoriabbi alkalmazása szintén az ususfructus zálogbaadása. Az adós a hitelezőnek zálogczélokra ususfructust ad valami dolgán (ez rá nézve az egyenes zálogbaadásnál annyiban kedvezőbb, hogy a dolog birtokát megtartja és a zálog csak hitelező élete végéig tarthat). Ha a biztositott követelést a lejáratkor nem teljesiti, a hitelező az ususfructus gyakorlását eladhatja. (Némelyek szerint a hitelezőnek csak facticus haszonélvezete van és csak a vevő nyeri a haszonélvezetet, mint jogot. De hát akkor, hogy lehetett addig is a zálog szolgalmon fennálló, ha a szolgalom csak most keletkezik?) Ha a szomszédom a hitelezőm, zálogul constituálhatok számára úti vagy vizi szolgalmat is, a melyet ő gyakorolhat, sőt, és ez anomalia, követelése lejártakor ezt a telki szolgalmat más szomszédnak is eladhatja.

A zálogjog zálogjogon mindezek szerint külön jog, nem zálogjog, mert sem dologbeli jog, sem absolut jog.

KÖTELMI JOG.

I. rész. A kötelmekről általában.

I. FEJEZET. A KÖTELMEK JOGHATÁSA ÁLTALÁBAN.

106. §. A kötelem fogalma.

A kötelmi jog a római jognak legfontosabb és legnehezebb része. Legfontosabb azért, mert a kötelmi jog az a része a római jognak, a mely a legelevenebb a mai napig, ebben a kötelmi jogban tartotta meg a római jog a maga erejét a mai napig. Ha a római jogról, mint ratio scriptáról beszélünk európaszerte, a mely t. i. magában foglalja azt, a mi, mint mondani szokás, magától értetődő, a melyhez a birói gyakorlat folyamodik, ha a hazai jog útmutatást nem ad, a melyet tehát általános jogi elveknek lehetne nevezni, akkor ez első sorban a kötelmi jogra áll. A római kötelmi jog annyira universalis és annyira megtartotta a maga erejét, hogy ez a magánjognak az a része, a melyben az összes modern jogok találkoznak, úgy hogy csak apróságokban mutatnak eltéréseket. Nem így van a családjogokban és nem így van az már a dologi jogok egy nagy részében sem, a hol az újabb jogokban az ingó és ingatlan vagyonjogok átható különbségénél fogva és továbbá azon fontosságnál fogva, a melyet a telekkönyv intézménye és a jóhiszemű szerzés nyertek, nagy eltérések vannak a római jogtól egyrészt és az egyes jogok közt egymás között is másrészt. Végül nagy eltéréseket mutat az örökjog is, melybe germánjogi és egyéb modern hajtások vegyültek. Ezekkel szemben a római kötelmi jog annyira vigens, hogy pl. a legújabb, legmodernebb tendentia, mely a kötelmi jogokban keresztül kezd hatolni: az adósnak védelme a hitelezővel szemben, a mely tendentiát socialis törvényhozásnak szeretnek nevezni, ennek alapjai is már a római jogban megvannak. A kötelmi jog azonban nemcsak azért legfontosabb része a római jognak, mert a legactualisabb, hanem azért is, mert a római jogász elme és erő e téren mutatja legszebb gyümölcseit. És míg a jogrendszernek többi részei magába zárt egységek, addig a kötelmi jog tanai kiterjednek a jognak egyéb ágaira is. E tekintetben is a

kötelmi jognak általános része a legfontosabb, mert ez az egész magánjogra kiterjed és voltaképen nem egyéb, mint az egész magánjog általános részének kiegészítő része. Épen ez okból mi számos oly tant, a mely már az egész pandektajog általános részébe lett volna sorozandó, pl. a szerződések tanát, csak itt adjuk a kötelmi jog általános részében. Fontossá teszi a kötelmi jog általános részét az is, hogy a lehető kötelmek száma szinte végtelen, azok külön, mint pl. a dologi jogok, nem is tárgyalhatók. Ezért azután a különös rész csak néhány fontosabb kötelemmel foglalkozik és így a fősúly az általános részre esik.

A kötelmi jogot tehát két részre osztjuk: általános és különös részre. Az általános részt tovább osztjuk fel: a kötelmek jog hatásáról általában, a kötelemkeletkeztető, változtató és megszüntető tények.

A kötelem tanában felmerülő első kérdés természetesen az, hogy mi a kötelem? Az a mondás, hogy omnis definitio in iuris prudentia periculosa est, a kötelmi jog definitiójára is áll. Már a források is definiálják a kötelmi jogot, még pedig máskép az institutiók, máskép a digesták. Az institutiók szerint (pr. J. III. 13.) obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis iura. Az, hogy az obligatio iuris vinculum, nem egyéb metaphoránál, a mely minden más jogi viszonyra is talál és ép azért semmit sem mond, hogy továbbá necessitate adstringimur, hogy kényszerűséggel vagyunk lekötve, megint nem mond mást, mint a mit már a iuris vinculum is kifejezett, és végül, hogy solvendae rei, általában nem áll, mert a kötelem tárgya igen sok esetben nem solutio rei; pl. ha a tánczosnő magát tánczra kötelezi, a kötelem nem vinculum solvendae rei, ő nem dolgot köteles adni, hanem facere, tánczolni. A digesták meghatározása (l. 3. pr. Dig. de obl. 44., 7.): obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Ez már jobb, de azért még mindig kifogásolható.

A kötelmi jog legáltalánosabb, de ép ezért legszintelenebb definitiója, a melyből voltaképen még a kötelmi jog képét nem kapjuk meg ,hogy az miféle szerzet, a következő: *A kötelem olyan jog, melynél fogva egy vagy több személy egy vagy több személytől bizonyos magatartást követelhet.*

Az obligatio szó definitiójának nehézsége abban van, hogy többféle értelemben használjuk. Jelenti a fönt kifejtett alapértelmen kivül:

a) Magát azt a tényt, a melyből a kötelem származik, ily értelemben beszélünk verborum obligatióról. Ebből abususként fejlődött az, hogy obligatio alatt magát azt az iratot is értjük, a mely a kötelemkeletkeztető ténynek formája volt.

b) jelenti azt, a mi ebből az obligálásból, ebből a keletkeztető tényből származik, a kötelmet, mint jogviszonyt. Ez az, a mire az institutiók definitiója azt mondja: iuris vinculum.

c) Jelenti ezen viszonynak egyik oldalát, t. i. azt, a mely a hitelező javára előáll, jelenti tehát a követelést; ily értelemben beszéltünk adquirere obligationemről.

d) Jelenti továbbá azt is, a mi az adós terhére előáll, tehát annyit jelent, mint debitum, tartozás. Így beszélünk pl. arról, hogy in obligatione est aliquid.

De nemcsak a latin elnevezés ad ily sokféle értelmezésnek helyet, hanem a magyar is, t. i. a kötelem szó, bár az utolsó értelemben nincs még meghonosodva.

Az obligatióról, mint jogról adott definitiónk, teljesen helyes ugyan, de bővebb magyarázat nélkül nem elég. Ezért vegyük bővebb elemzés alá. Azt mondtuk, hogy a kötelmi jog abban áll, hogy egy vagy több bizonyos személytől valamely magatartást követelhetünk. Azért használtuk e szót magatartás, mert ezzel a nagyon színtelen szóval akarjuk jelölni, hogy nemcsak positiv szolgáltatás, hanem puszta passivitás, nem tevés, abbanhagyás is követelhető A.-tól B. irányában.

A kötelmi jogban definitiónk szerint először is két kötelmi alanynyal találkozunk: egy vagy több jogosult és egy vagy több kötelezett alanynyal. Egy vagy több személy, a jogosultak, javára meg van parancsolva valami egy vagy több bizonyos személynek. Tehát úgy a jogosult, mint a kötelezett részen személyek vannak, még pedig egy vagy több. A jogosult részen levő személyt *hitelezőnek*, creditornak, *reus credendinek*, reus stipulandinak hívjuk, a kötelezettet pedig *adósnak*, debitornak, *reus debendi* vagy promittendinek. Az, hogy jogosult alany szemben áll kötelezettel, az nem sajátsága a kötelmi jognak, az minden jognál úgy van. A személyi és a dologi jogok esetén is van jogosult és kötelezett alany. A mi a kötelmi jognak a sajátsága, a miben a kötelmi jog a többi jogoktól különbözik, az az, hogy a kötelmi jognál is lehet ugyan a kötelezett részen egy vagy több személy, de sohasem lehet mindenki. A kötelmi jog tehát relativ jog, a belőle eredő actiók actiones in personam, szemben a dologi és személyi joggal, a hol a jogosított alanynyal szemben mindenki áll, a melyek tehát absolut jogok, a melyek védelmére tehát actio in rem szolgál.

Azt mondhatná azonban valaki, hogy a dologi, személyi és legtöbb családjogoknál is, a hol, mint mondtuk, absolut jogom van, ha valaki az én jogomat sérti, pl. az én kabátomat B.-nél találom, én az én keresetemet csak ez ellen a jogellenes magatartást tanusító ellen, ez ellen a B. ellen indithatom, hol van tehát az absolutság? Ez a kérdés helytelen, mert összetéveszti a jogot az igénynyel. Dologi jogom az a parancs, hogy a kabátomhoz senki ne nyúljon, az mindenki ellen van intézve, tehát valójában absolut.

Más azonban a dologi stb. jogom megsértéséből származó igény, ez mindig relativ jog, kötelmi jog. Ha valaki az én absolut jogomat sérti, absolut jogom tovább is fenmarad, de keletkezik azonfelül egy kötelmi jogom, egy relativ jogom, egy obligatio intézve a jogsértőhöz jogellenes magatartása megszüntetésére, tehát ad restituendum vagy a kár megtérítésére. Ez tehát egy absolut jogból a mellé származó kötelem vagy legalább is kötelemszerű jog. Ezeket az absolut jogok megsértéséből eredő obligatiókat a mai dogmatika külön névvel nevezi, t. i. absolut igénynek, actio in remnek. Az tehát, hogy abszolut igény, nem azt jelenti, hogy mindenki ellen fordul, hanem csak azt, hogy mindenki ellen forduló jogból keletkezik. De igény nemcsak a dologi s egyéb absolut jogok megsértéséből származik, hanem kötelmi jog megsértéséből is, a mikor relativ igénynek, kötelmi igénynek, actio in personamnak nevezzük. Az igény, Anspruch, actio a szónak anyagi értelmében tehát általában kötelmi jog, mert csak egy személy ellen fordul, t. i. a sértő ellen és keletkezik valamely dologi stb. vagy kötelmi jog megsértéséből. (Igény alaki értelemben a kereset.) Az igény mindig kötelmi jog, csak a jogsértés előtt van absolut jog, t. i. mindenki ellen forduló jog. A kötelmi jogok azonban már megsértésük előtt is csak relativak, azaz kötelezett alanyuk csak egy vagy több bizonyos személy, a kiket adósoknak hivunk. Lehet a kötelemnél is több kötelezett személy, adós, de sohasem lehet mindenki. A legtöbb esetben azonban a kötelem jogositott és kötelezett alanya csak egy személy.

Ez az egy vagy több személy megint különböző módon lehet meghatározva. Én pl. rendelhetem, hogy B. fizessen 100 frtot A.-nak, de rendelhetem azt is, hogy B. fizessen 100 frtot annak a személynek, a ki mától számitott 5 év alatt ezt és ezt a feltételt fogja teljesiteni. Pl. pályadijak kitűzésénél arra kötelezem magamat, hogy fizetni fogok annak, a ki a legjobb munkát be fogja nyujtani. Itt is meg van határozva a személy, még pedig a jogositott alany, de nem közvetlenül. E szerint beszélünk arról, hogy akár a hitelező, akár az adós meg lehet határozva közvetlenül és meg lehet határozva közvetve. Az állampapir pl. úgy szólhat, hogy a magyar állam ezen papir átadójának (ezért ú. n. bemutatóra szóló papir) ezt és ezt az összeget fizeti. Itt a hitelező közvetve van meghatározva. Már a névre szóló papirnál a hitelező meghatározása közvetlenül történik. Közvetlenül van meghatározva a hitelező vagy az adós, ha már az obligatio létrejöttének pillanatában van meghatározva, névszerint rá lehet mutatni, persona certa, közvetve, ha csak később válik a személy egyedileg ismeretessé, egyelőre csak körül van irva, egyelőre persona incerta. Ez a persona incerta persze nem azt jelenti, hogy ez a személy általában megtudhatatlan, mindvégig ismeretlen marad, mert ily alanyú az obligatio nem lehet. A hitelező tekintetében a római jog megkivánja a persona

certát, megkivánja, hogy concrete, egyedileg legyen meghatározva, már a modern jogok megelégszenek az abstrakt meghatározással is (pl. pályadíjkitűzés ú. n. pollicitatio, vagy a bemutatóra szóló papirok). Az adós tekintetében is megkivánta a római jog a meghatározott személyt, holott ma ismeretesek pl. a realterhek, azaz oly követelések, melyeknek adósa csak közvetetten van meghatározva, t. i. adós az, a ki valamely dolognak tulajdonosa. Ily közvetett meghatározását az adósnak a római jog csak közjogi terheknél ismeri, magánjogi követeléseknél nem. Felmutat azonban a római magánjog is egy alakulatot, mely az adós személyének közvetett meghatározásaként fogható fel. Ez t. i. az actio in personam in rem scripta. Ez oly obligatio (a római mindig a per nyelvén beszél, ezért obligatio helyett actiót mond), a mely egy személy ellen fordul, a ki kezdettől fogva egyénileg nincs meghatározva, hanem csak közvetetten úgy, hogy nekem az adósom mindenkor az, a ki egy bizonyos dolog tulajdonában van. Ilyen pl. az actio quod metus causa. Ha t. i. valaki az órámat tőlem kizsarolta, akkor nekem ex delicto keresetem származik mindenki ellen, a kihez ez az óra később kerülni fog, tehát nemcsak az ellen, a ki tőlem kierőszakolta. Itt obligationalis viszony származik köztem és minden pillanatban a között, a kinél az óra van. Obligationalis viszony, tehát actio in personam, de fordulhat mindenki ellen, a kinek kezébe a kierőszakolt dolog kerül, ennyiben in rem scripta. Ilyen még az actio ad exhibendum, attól, a kinél bármely dolgom van, követelhetem, hogy azt mutassa fel. Mihelyt a dolog hozzá kerül, obligálva, kötelezve van, tehát actio in personam, de mindenki ellen fordulhatok, tehát in rem scripta.

II. A kötelemről adott definitiónkban azt mondottuk, hogy a fentebbiek szerint meghatározott egy vagy több hitelező az egy vagy több adóstól bizonyos magatartást, tehát tevést vagy nem tevést követelhet, vagyis az adós kötelezve van valamit tenni vagy nem tenni. Itt az alanyokon kivül kettőt kell megkülönböztetni. Van egy parancs, a mely parancsolja, hogy adós tedd ezt vagy ne tedd ezt, és van másodszor az, a mit ez a parancs rendel. Ez a kettő a kötelem tárgya és tartalma. De hogy melyik a kettő közül a kötelem tárgya, melyik a tartalma, az csak szóhasználat. A lényeges csak az, hogy a kettőt egymással össze ne keverjük. Ha azt, hogy parancsolva van, a kötelem tartalmának nevezzük (Inhalt der Obligation), akkor azt, a mi parancsolva van, tárgyának kell mondanunk. (Gegenstand der Obligation.)

Arra a kérdésre, hogy mi a kötelem tárgya, ötféle felelet van az irodalomban. Némelyek szerint a kötelem tárgya a kötelezett személye. Ezek tárgynak nevezik azt, a mit mi kötelezett alanynak neveztünk. Mások szerint nem a kötelezett személye tárgya az én kötelmi jogomnak, hanem akarata. Ezt a véleményt hazai iróink közül Sághy képviseli, kit Kajuch is követ (227. o.). Kiindulnak

abból, hogy, ha nekem követelésem van, akkor nekem hatalmam van arra, hogy adósom akaratára pressiót gyakoroljak vagy magam, vagy a biróság által. Ismét mások azt a dolgot nevezik a kötelem tárgyának, a melyet az adósnak szolgáltatnia kell. Ez is megmagyarázható nyelvhasználat. Ha én szerződöm, hogy B. nekem lovat adjon, akkor én sem B.-t, sem az akaratját nem akarom, hanem akarom a lovat. Csakhogy még sem ajánlatos így határoznunk meg a kötelem tárgyát, mert nem minden obligatióban van dolog. Ha a ballerina kötelme az, hogy tánczoljon, akkor ennek a kötelemnek ily értelemben nem is volna tárgya. A negyedik nézet szerint, hogy a kötelem tárgya nem az adós személye, sem akaratja, hanem vagyona, mert ha ő nem teljesít, akkor az én hatalmam nem az ő személye, sem az ő akaratával szemben nem érvényesíthető, hanem csak az ő vagyonával szemben. Ez Bekker nézete. Az ötödik és általunk is követett szóhasználat az, hogy a kötelemnek tárgya az, a mit a hitelező az adóstól követelhet, tehát az a magatartás, az a tevés vagy nem tevés, melyet az adós tanusítani tartozik, tehát a facere, illetve non facere. Ilyen facere vagy non facere minden kötelemben előfordul. Ez a facere vagy non facere néha közvetlen czélja az obligatiónak, néha csak eszköz egy távolabbi czélhoz. Néha ugyanis maga ez a facere (facere alatt a non facere is értendő, a mint a német polgári törvénykönyv mondja: Unter Leisten ist auch das Unterlassen zu verstehen) a czélja az obligatiónak pl. az operaénekes éneklési kötelezettsége, itt magát az éneklést akarjuk; néha azonban ez a facere csak eszköz a czélhoz, pl. egy dolog átadásának kötelezettsége, itt az átadás csak eszköz a czél, t. i. a dolog birtokának elérésére. De akár czélja, akár eszköz ez a facere a kötelemnek, e közt különbséget nem teszünk, mindig ez a kötelem tárgya. Az különben, hogy a kötelem tárgya facere ép úgy lehet, mint non facere, a második főkülönbség a kötelmi és a dologi jogok között. Az első tudvalevőleg az volt, hogy a dologi jogban a kötelezett alany mindenki, holott a kötelemnél csak egy vagy több bizonyos személy, a második az, hogy mig a kötelem tárgya facere ép úgy lehet, mint non facere, addig a dologi jogé mindig non facere, az negativ jog.

A kötelem tárgya, az adós köteles magatartása igen sokféle lehet. Lehet, mint láttuk: tevés vagy abbanhagyás, lehet: tartós vagy mulólagos valami. Egy szoba bérbeadása, az tartós obligatio, mert a bérbeadó állandó facerere, a lakhatás nyújtására van kötelezve, már egy január 1-én lejáró pénzfizetés iránti tartozás csak mulólagos. A non facerere menő obligatio rendszerint tartós magatartás. Lehet a kötelem tárgya egyszerű vagy összetett. Ez gyakran nehéz megkülönböztetés. Egyszerű facere, a mely egy, összetett, a mely több tevésből alakul. Egyszerű pl. ha hordárnak azt mondom: ezt vigye haza. De az épitészszel kötött szerződés, hogy nekem házat épitsen, már összetett kötelem, mert szolgáltatása számos actusból

áll. A nehézség itt abban van, hogy az ilyen összetett szolgáltatásra menő obligatio igen közel fekszik ahhoz, mikor az adósnak több egyszerű szolgáltatást kell teljesítenie, tehát több kötelme van. A különbség practice rendkivül fontos. Pl. A. B.-től csomó árút rendel, B. azonban csak egy részt küld el. Ha mi a B. szállitási kötelezettségét egy kötelemnek veszszük, a melynek csak tárgya összetett t. i. több szolgáltatásból áll, akkor A. ezt a részküldeményt nem köteles elfogadni, mert a hitelező a részteljesitést visszautasithatja a nélkül, hogy késedelembe esnék. Vagyis A. követelheti, hogy B. az egészet küldje, ha kevesebbet küld, az annyi, mintha semmit sem küldött volna. Ha azonban e a csomó árú elküldésének elvállalását nem egy összetett, hanem annyi külön obligatiónak veszszük, a hányféle árú van megrendelve, akkor A. a küldött néhány árút köteles elfogadni, mert ez már nem részteljesités, hanem minden árú elküldése külön teljesités, mely külön birálandó el. Ez rendkivül gyakran fordul elő a practicus életben, és az egész kérdés gyakran csak egy kifejezésen múlik. Ha B. kötelezi magát A.-nak, hogy szolgáltatni fogja egy szobájának butorzatát, akkor in dubio azt fogjuk mondani, hogy ez egy, még pedig összetett obligatio. De ha B. ugyanerre úgy kötelezi magát, hogy szállítom az ezen szobában lévő asztalt, székeket stb., akkor már igen kétséges, vajjon egy összetett vagy több egyszerű kötelem-e ez. Ez értelmezési kérdés. Ez a kérdés különben a jog területén sok alkulatban ismétlődik. Nehéz megkülönböztetni a többet a sok részből álló egységtől. Igy a büntetőjogban a vádlottra nézve nem mindegy hogy cselekményet halmazatnak fogják-e fel, vagy csak részcselekményekből alakult összetett cseleményeк. A magánjog terén felmerül a kérdés pl. a tulajdonjognál, vajjon egy összetett dolog-e az, tehát egy tulajdonjog van-e, vagy több egyes dolog-e, és igy több a tulajdonjog. Ez a kérdés ott az universitas rerum distantiumnál merül fel.

A kötelem tárgya lehet továbbá vagy úgynevezett certum, vagy incertum. Certumra megy az obligatio, ha kezdettől fogva élesen körül van határolva az, hogy az adós mivel tartozik, ha quid, quale, quantum tekintetében kezdettől fogva tisztán áll. Incertum akkor tárgya az obligatiónak, ha az, hogy alperes mit lesz köteles teljesiteni, egyelőre még bizonytalan. Ha B. velem társasági viszonyba lép, akkor egyelőre csak annyi van meghatározva, hogy köteles mindazt tenni, a mi a közös czélhoz szükséges. De hogy miben fog ez állani, az csak később derül ki. Megjegyzendő azonban, hogy teljesen határozatlan az obligatio nem lehet, legalább közvetve kell meghatározva lennie.

A forrásokban a kötelem tárgya tekintetében még más felosztás is található, a mely a formularis perrel van bizonyos kapcsolatban. Megkülönböztették ugyanis, hogy az obligatio dare-re, facere-re vagy praestare-re megy-e. Ennek ma már praktikus

fontossága nincs. Ha felperes a index elé dare opportere formulával ment, akkor ezt őt csak bizonyos szolgáltatások bizonyitására hatalmazta fel, másokra nem. Ez ma tiszta historikum, a mi azért is jó, mert ma már nem is tudjuk, hogy mi az a praestare? Hogy mi a dare és facere, azt tudjuk. De ezeknek is szűkebb, tágabb és legtágabb értelmei vannak. A dare a szónak legszűkebb értelmében a ius Quiritium szerinti tulajdon vagy szolgalom átruházását jelenti. Minden egyéb, a mi nem dare, az facere. Szélesebb értelemben dare már nemcsak a quiritar tulajdon és szolgalom átruházása, hanem a ius gentium szerintié is. Ennek megfelelően a facere értelme szűkül. Legszélesebb értelemben dare nemcsak a tulajdon és szolgalomnak átruházása, hanem általában minden elidegenités, tehát kötelem átruházása is, birtoknak, birlalatnak kiadása is. A legtágabb értelmű dareval szemben áll a legszűkebb jelentésű facere. A praestare úgy látszik a facerenek egy fajtája. De hogy mi, az vitás. A legelterjedtebb nézet szerint az a szolgáltatásnak nem a micsodájára, hanem okára megy vissza t. i. jelenti a kártérités czéljából való szolgáltatást.

III. Az obligatio alanyai és tárgya mellett fontos még az obligatio *tartalma*. Ezt a szót itt oly értelemben használjuk, mint Windscheid és Zsögöd. A gondolatmenet ez. Ha azt kérdem, hogy az adósa hitelezővel szemben mire van kötelezve, akkor az obligatio tárgyát kérdem. Ha pedig azt kérdem, hogy az obligatio a kötelem maga miben áll, akkor az obligatio tartalmát kérdezem. Az obligatio tartalma pedig abban áll, hogy az adósnak valami szolgáltatás meg van parancsolva. Ez a parancs, illetve tilalom (non facerenél) az obligatio tartalma. Ezt a különbséget különben nemcsak a kötelmi jognál, hanem általában minden jognál megtaláljuk. Minden jog, tehát a dologi jogok is stb. parancs vagy tilalom. Ez a parancs vagy tilalom annak a jognak a tartalma. A mit ez a parancs a kötelezett alanynak rendel, a jog tárgya. Tehát pl. a dologi jognál sem a dolog a jognak a tárgya, hanem az a magatartás, hogy senki ezt a dolgot ne bántsa. A dolog, illetve élvezése csak czélja ennek a parancsnak és a parancsolt magatartásnak. És valamint a dolog élvezése a dologi jognál, úgy a cselekmény, a kötelezett magatartás nyújtotta eredmény élvezése a kötelmi jognak a czélja. Hartmann, göttingeni tanár az ő kiváló munkájában: Wesen und Bau der Obligationen azt mondja, hogy legjobb volna a kötelem tárgyáról nem beszélni, hanem csak czéljáról. Ha mi a kötelemi jogot, mint minden jogot egy bizonyos czél elérésére eszköznek tekintjük, akkor megértjük a római jognak egy nevezetes tüneményét. Az obligatiónál tudvalevőleg az adós van velem szemben egy bizonyos szolgáltatásra kötelezve. Ha már most nem az adós, hanem más valaki teljesiti azt a szolgáltatást, a mire az adós kötelezve van, akkor bár formalistice az obligatio nem teljesittetett, mert az obligatio csak adóssal szemben állott fenn, adós mégis szabadul és

az obligatio megszünik. Ez onnan van, hogy az obligatio nem czél, hanem csak eszköz, eszköz valamely czél elérésére. Ha pedig a czél valamely módon már el van érve, akkor az eszközre már nincs szükség. Ha pl. tizen vannak egy dolog átadására kötelezve, tíz eszköz egy czélra, akkor ha az egyik a dolgot átadja, a többi kilencz felszabadul a kötelme alul, mert hiszen a czél már el van érve. Ez a solidaris obligatio értelme.

A jog tartalma a parancs, a mint Hartmann mondja: das Soll. Ez nemcsak a kötelmi jogoknál van így, hanem minden subiectiv jognál. Csakhogy a jogrend parancsa vagyis a kötelem tartalma, kisebb vagy nagyobb kényszeritő erővel bir. A jogrend a maga parancsát hol erősebben, hol gyengébben biztositja. A jogrend beérheti azzal: te A. tedd ezt, vagy ne tedd ezt, de A.-nak kényére bízza, akar-e engedelmeskedni vagy nem. Ha A. nem engedelmeskedik, jogtalanságot követ ugyan el, de a jogrend ezt a jogtalanságot nem torolja meg. Ez tudvalevőleg a lex imperfecta. Ez ismétlődik a kötelmi jog terén. Vannak kötelmek, a melyeket a jog csak ilyen imperfect erővel ruház fel. Így beszélhetünk obligatio imperfectáról, bár nem ez a forrásszerű név. Pl. ha a kártyajátékban valakinek adósa maradok, akkor ez tartozásom, és tévedés azt hinni, hogy én ne volnék köteles ezt megfizetni, csakhogy a jog nem törődik ennek a kötelezettségnek a betartásával. Adósság ugyan, de csak olyan, a melynek kikényszerítésére a jogrend a maga apparatusát nem adja oda. Hogy ez mégis adósság, bizonyítja, hogy, ha megfizetem, nem mondhatom, hogy én ezt az összeget ajándékoztam a másiknak, nem mondhatom, hogy sine causa adtam neki. Én kötelezettséget teljesitettem. Ez a kártyaadósság obligatio, csakhogy tartalma kisebb kényszeritő erővel van felruházva. Ez lex imperfecta, ép úgy, mint pl. az osztrák polgári törvénykönyvnek az az intézkedése, hogy a hitvestársak kötelesek egymást szeretni. Itt a jogrend nem is kényszeríthet, mert csak compromittálná a maga apparatusát. Ezzel szemben vannak ismét más részei a kötelmi jognak, a hol az állam a maga kényszerítési apparatusát rendelkezésére bocsálja a hitelezőnek, az állam a parancshoz sanctiót fűz. Ez a sanctio kisebb vagy nagyobb kellemetlenséggel sújthatja az adóst, fokozatai vannak. A nem teljes obligatióval, az obligatio imperfecta, vagy a mint gyakrabban nevezik, obligatio naturalissal szemben van a teljes obligatio, az obligatio civilis. Ennél a jogrend a teljesítést nem bizza adós tetszésére, hanem a hitelezőnek fegyvereket ad a teljesítés kikényszerítésére. Ezek közt a legerősebb fegyver: az actio. A hitelező a nem teljesitő adóssal szemben keresettel léphet fel, a minek folyománya azután, hogy az állam az adóst a teljesitésre kényszeriti. Voltaképen, ha végrehajtásra kerül a sor, nem az adós teljesit, ez csak fictio, hanem teljesit olyankor a végrehajtó az adós vagyonából. Ez azonban nem baj, mert az obligatió czélja nem az, hogy az adós teljesit-

sen, hanem az, hogy a hitelező elérje azt, a mit neki az obligatio biztosit.

A legtöbb kötelem actióval van felruházva, a legtöbb kötelem tehát középkori kifejezéssel obligatio vestita, fel van ruházva a czél elérésére szolgáló eszközzel. Más az azután, hogy a jogrend miben látja a kötelem czélját. A római jog úgy a kötelemnek, mint általában minden subiectiv jognak a czélját rendszerint abban látta, hogy a jogosult fél alany vagyona gyarapodjék. Ezért, ha az adós nem teljesítette a maga bármilyen kötelezettségét, a római jog a czélt elértnek látta, ha a hitelező pénzt kapott. Innen van, hogy a római perben minden condemnatio pecuniaria volt. Ma más érdekünk is van. Ha ma a követelésemnek van is pénzbeli értéke, nekem még sem elég a pénz. Már a corpus iuris is úgy szól, hogy előbb esetleges fenyegetéssel, pénzbüntetéssel stb. próbáltak az adósra pressiót gyakorolni, hogy teljesítse kötelezettségét, adja ki magát a kiadandó dolgot például, és csak ha ez nem használt, érték be a pénzzel. Ma már első sorban naturalis szolgáltatásra megy ki a birói itélet. A pénzbeli condemnatio és a mai naturalis condemnatio között mintegy középhelyet foglal el a fentebb vázolt római arbitaria actio (l. 114. o.). Persze a mai naturalis condemnatio sem éri el mindig a naturalis teljesitést és azért a végrehajtás ma is in eventu csak pénzbeli.

Az actio a hitelező legerősebb fegyvere, de nem az egyedüli. Sőt lehet, hogy a hitelező egyáltalán nem is kap actiót, hanem más biróságilag érvényesithető eszközt, t. i. exceptiót. Ha én egy ingatlant birtokolok és ráköltök 1000 frtot, akkor, ha az ingatlan tulajdonosa tulajdoni keresettel engem a telek kiadására beperel, én köteles vagyok azt kiadni, de másfelől ő meg az én szükséges és (esetleg) hasznos kiadásaimat köteles megtériteni, vagyis őt obligatio ex lege terheli. Ez az ő kötelezettsége nem lex imperfecta, mert van sanctiója, csakhogy nem a legerősebb, nekem ugyanis actióm nincsen. Én nem léphetek fel keresettel ő ellene, de ha ő tőlem az ingatlant követeli, én exceptióval léphetek fel, mondván, hogy addig nem adom ki az ingatlant, a mig ki nem fizetsz. Ez tehát középállást foglal el a teljes erejű és az erőtlen obl. között.

IV. Az obligatio általános fogalmából még csak az van hátra, hogy a kötelmi jogot a dologi jogoktól megkülönböztessük, illetve röviden érintsük az erre vonatkozó elméleteket. Mert a mit mondtunk, hogy a különbség a kötelezett alanyok számában és a tárgyban van, nem uralkodó vélemény. E szerint a jellemző különbség másban van, t. i. abban, hogy a dologi jogok nekem élvezetet adnak dolog felett, a kötelmi jogok pedig hatalmat adnak személy felett. Így vagy apró stylaris eltérésekkel beszél az uralkodó tan, és ezt látszólag támogatja a perjogi kifejezés, mely actio in rem és actio in personamról beszél. Ez azonban helytelen nézet. Mert ha pl. 10 esztendeig haszonélvezetem van egy telken, vagy

pedig 10 esztendeig csak haszonbérletem van, vajjon nem a dolog felett ad-e mindkettő élvezetet? Pedig az egyik dologi, a másik meg kötelmi jog. Sőt mi több, mindkettő egészen egyforma élvezetet ad. Másrészt meg az actio in rem, noha in rem-nek hívják, ki ellen fordul? Az alperes személye ellen. Mint kötelezett sohasem állhat velem szemben más, mint csak személy. Egy másik divó felfogás, a melyet Hartmann és Sohm állítanak fel, abban áll, hogy a dologi jog nekem jelen élvezetet ad, egy élvezetet biztosít, a mely már megvan, a kötelmi jog pedig csak a jövőre nézve helyez kilátásba egy élvezetet, a kötelmi jog a jövő felé tendál. Ezt is a fentebbi példával lehet megczáfolni. A haszonbérlő védve van jelen élvezetében is, a jövőre nézve is, de ugyanez áll a haszonélvezőre is.

Megjegyzendő még, hogy a kötelmi jogban tárgyalt jogokon kivül is vannak még relativ jogok. Ilyenek a családjogi relativ jogok. Az apa gyermekével, a férj feleségével szemben és viszont szintén jogilag kötelezve van. Éles határvonalat a kétféle relativ jogok közt húzni alig lehet. Úgy általában mégis annyi áll, hogy míg az obligatio rendszerint mulólagos jog, addig a relativ családi jogok állandóak. Ezzel jár az, a mit Sohm mond, hogy míg a családi jogok bizonyos subordinatióval járnak, addig a kötelmi jogoknál a két alany mint egyenrangú fél áll egymással szemben. Különbség van az okban is. Az obligatiók oka rendesen az egoismus, a családi relativ jogoké inkább ethikai alapú. Végül míg a kötelmi jogok közvetve vagy közvetlenül pénzértékre reducálhatók, addig erről a családjogban szó sem lehet.

107. §. A kötelem tárgya.

Itt voltaképen áttekintést kellene nyújtanunk arról, hogy mi minden lehet a kötelem tárgya. Többet azonban, mint már mondtunk, nem lehet mondani, t. i. azt, hogy a kötelem tárgya vagy facere, vagy non facere (facere alatt daret és praestare-t is értve). A kötelem tárgyát kimeríteni nem lehet, az oly számtalan, mint az emberi cselekmény maga. Ezért csak negativ határait adhatjuk meg a kötelem tárgyainak. Nem lehet minden a kötelem tárgya. Még pedig nem lehetnek a kötelem tárgyai a következők:

1. *Lehetetlen szolgáltatás*, olyas, a mit tenni nem lehet. Impossibilium nulla obligatio. Ezt az észszerűség diktálja, mert hiába parancsolná a jog, hogy pl. in coelum ascendas, a parancs meg volna, de nem követhetné senki. De csak az lehetetlen, a mit senki sem teljesithet, tehát obiective lehetetlen, még pedig lehetetlen az obligatio helyén és idejében, vagyis relative lehetetlen. Az tehát nem elég, hogy csak a kötelezett fél nem teljesitheti, pl. akrobatának vállalkozik, holott nem ért hozzá, de másrészt nem kell a lehetetlenségnek minden időre és helyre szólnia. Elég, ha az

obligatio helyén és idejében mindenkinek lehetetlen. Az egyéni képtelenség, a facultás faciendi (dandi) nem jön tekintetbe. Ha valaki olyasra vállalkozott, a mi neki individualiter lehetetlen, a mire ő képtelen, az azért kötelem lesz, és ha nem teljesit, pénzbeli kártérítést kell adnia. Különben a kérdés nem olyan egyszerű. Ha a fenti kötelezettséget az akrobata fellépésére úgy fogjuk fel, hogy a czél az, hogy valaki azon a szinpadon mint akrobata fellépjen, az erre vállalkozó, bár maga képtelen, lehető obligatiót vállalt, mert más által teljesíthető. De ha a kötelem alapja ennek az egy bizonyos személynek a fellépése, mert pl. közérdeklődés tárgya, teszem, felmentett gyilkos, akkor az ő képtelensége lehetetlenné teszi az obligatiót, mert senkisem teljesítheti a kötelmet. Oly esetben tehát, a mikor személyes szolgáltatás, nem helyettesíthető szolgáltatás van kikötve, akkor, ha az adós képtelen a teljesítésre, az obl. teljesen lehetetlen. Mommsen egy erről irt könyvében skolastikus kategóriákat állít fel, különbséget tevén absolut és relativ, subiectiv és obiectiv lehetetlenség közt. A lényeges azonban az, hogy lehetetlen az obligatio akkor, ha a kötelezett szolgáltatást azon a helyen és időben senki sem teljesítheti. Ez a lehetetlenség ismét lehet vagy physikai, vagy jogi. Természetileg lehetetlen az, a mi a physikai törvények szerint lehetetlen, jogi, a mi jogi törvények szerint az. Példa az utóbbira: én nem kötelezhetem magam arra, hogy az anyámat elvegyem feleségül. Az ilyen lehetetlen kötelem semmis és az marad akkor is, ha a szolgáltatás később lehetővé válik. A szolgáltatás lehetősége az obligatio létrejöttének ideje szerint vizsgálandó meg.

2. A kötelem tárgya nem lehet *tilos szolgáltatás*, akár a jog, akár az erkölcs tiltja. A kettőt meg kell különböztetnünk. Lehet valami erkölcsileg tilos a nélkül, hogy jogilag is az volna. A jog ilyenkor csak kötelezettség vállalását nem engedi meg oly szolgáltatásra, a mely erkölcsileg tilos. A jog pl. nem tiltja meg, hogy az ember hazudjék, ezt csak az erkölcs tiltja. De ha valaki arra kötelezi magát, hogy hazudni fog, akkor a jogrend ezt a kötelmet semmisnek declarálja. (Különben igen érdekes kérdés, hogy pl. az embernek a perben szabad-e hazudnia. Tíz évvel ezelőtt még az volt a jelszó: tagadni a mit csak lehet. Ha a mai irány győz, akkor a perjog igen meg fog változni, mert bizonyos hátrányokkal fogjuk sújtani azt, a ki hazudik. A római jog már magas álláspontot mutat, felállítván bizonyos esetekben a szabályt, hogy lis infitiando crescit in dupplum.) A jogilag vagy erkölcsileg tilos szolgáltatásra irányuló obligatio szintén semmis. Ép úgy, mint a jogilag, úgy az erkölcsileg tilos cselekmények sem enumerálhatók. Enumerálás helyett csak a boni moresre lehet utalni, a melyekről különben az áll, hogy plus valent boni mores, quam leges. Az erkölcstelen kötelmek némely csoportjait a következőkben lehet adni:

a) Erkölcstelen az obligatio, mikor maga a szolgáltatás, a

facere vagy pati erkölcstelen. Pl. valaki magát valami nuditásra kötelezi. Ez különben igen dubiosus eset lehet. Teszem, ha egy orpheuménekesnő arra kötelezi magát, hogy tricotban fog fellépni, hivatkozhatik-e ő azután arra, hogy ez a kötelem érvénytelen, mert erkölcstelen. Az angol biró talán így itélne, mert modellt állani, meztelenül fellépni, ezt teszi vagy nem teszi az ember, de rá kényszeriteni nem lehet. Erkölcstelen kötelem az a gyakori eset is, hogy a journalista magát valaminek megirására vagy meg nem irására kötelezi, pl. egy részvénytársasággal szemben. Itt az erkölcstelenség a journalista részéről forog fenn. Menger bécsi tanár erkölcstelennek mondja a dajkaszerződést is, hogy egy anya arra kötelezi magát, hogy gyermekét ott hagyja és idegent szoptasson. Burghardt, a bécsi Burgtheater volt igazgatója irt könyvet „a szinészek jogáról", a melyben a szokásos szinészszerződéseket közli, a melyekben a szinészek magukat szinte hihetetlen szolgáltatásokra kötelezik. Pedig már maga az, hogy elismerik az igazgató itélkezési jogát, erkölcstelen pati. Ilyen erkölcstelen pati, tehát érvénytelen obligatio az is, mikor a nő a válóperben arra hivatkozik, hogy férje a házasságtörésbe beleegyezett. Ha bele is egyezett, az érvénytelen.

b) Vannak oly cselekmények, a melyek magukban véve nem erkölcstelenek, azonban az erkölcs tiltja azt, hogy ezekre a magukban véve nem erkölcstelen cselekményekre magunkat kötelezzük. Az erkölcstelenség itt abban áll, hogy *kötelmet* vállalunk olyan cselekmény tekintetében, melyet — erkölcsi felfogásunk szerint — csak *szabad* akarat kifolyásaként szabad véghezvinnünk. Például: Nősülni nem erkölcstelen, de egy harmadik személylyel szemben magát kötelezni arra, hogy ezt a nőt el fogom venni, erkölcstelen. Ilyen továbbá, ha árverésre való részt nem vételre, bizonyos egyletbe való be nem lépésre vagy leendő lépésre kötelezem magam. Erkölcstelen elkötelezés az a gyakori kikötés is, hogy pl. egy megkötött szerződést egyik fél sem fogja tévedés czímén megtámadni. Ilyen volna az is, ha valaki magát a bajusza levételére, vagy egy professor előadásának meg nem hallgatására kötelezné magát. Nem tekintjük ma erkölcstelennek, ha az üzletbe lépő inas arra kötelezi magát, hogy felszabadulása idején abban a helységben hasonló üzletet két-három esztendeig nem fog nyitni, de már annak vesszük, ha arra kötelezi magát, hogy soha sem fogja azt tenni.

c) Lothmar, a ki „Der unmoralische Vertrag" czimű könyvében állítja fel ezeket a kategoriákat, még egy harmadik csoportot is említ. Vannak cselekmények, a melyek magukban véve nem erkölcstelenek, de azokká lesznek az által, hogy én magamat *ellenszolgáltatás fejében* kötelezem megtételükre. Itt persze a nézetek az idők folyamán változnak. A római jog szerint a tanításért honoráriumot kikötni erkölcstelen volt (elfogadni persze szabad volt, csak kötelezni nem), ma meg ellenkezőleg az a vagyon tekintetik megbélyegzőnek, a mely nem munkából ered. Sabinusról mesélik, hogy

ő volt az első híres professor, a ki pénzért tanitott, és neki is csak azért bocsátották meg, mert szegény volt. Más példa: Nálunk természetesnek találják, ha az ügyvéd előre megállapitott költség ellenében vállalja a pert, Angliában erkölcstelennek tekintik, ha a barrister tenné ezt. (Ezért ezek nem kötik ki, hanem mindjárt le is tétetik a pénzt.) Ugyanebbe a csoportba tartozik, hogy erkölcstelen minden, a mi a szerelembe vág, pénz ellenében. Ilyen továbbá jó cselekménynek pénzért való kikötése, tanunak megfizetése azért, hogy az igazat vallja. Igen vitás a házasságközvetités díj kikötése mellett. Némelyek szerint ez teljes obligatio, mások szerint be nem perelhető ugyan, de kifizetés esetén soluti repetitio nincsen; de talán leghelyesebb ezt erkölcstelennek minősiteni.

Ezek körülbelül az erkölcsileg tilos cselekmények kategoriái. Sokan nem erkölcsileg tilos, hanem erkölcsileg „lehetetlen" cselekményekről beszélnek, ez azonban csak frázis. Megjegyzendő még, hogy a fél a teljesités erkölcstelen voltára csak akkor hivatkozhatik, ha az erkölcstelenség nem az ő részén van. Ilyenkor, ha már teljesített is, condictio ob turpem causammal a teljesités tárgyát visszakövetelheti. Ha azonban mindkét félt terheli erkölcstelenség, a jogrend egyiknek sem segit, mert a jog eszközei a tisztességes emberek számára alkotvák.

Az obligatio tárgyának lehetetlenségétől és tilosságától meg kell különböztetnünk azt, ha az erkölcstelenség, a lehetetlenség nem in obligatione, hanem in condicione van. Én pl. nem kötelezem magam 1000 frtért házasságközvetitésre, hanem ön kötelezi magát 1000 frtot adni, ha a házasságot közvetítem. Ez is érvénytelen, mert a condiciónak sem szabad lehetetlen, illetve tilosnak lennie. Ha a feltétel lehetetlen vagy tilos, akkor az egész ügylet érvénytelen. Hasonlóan, ha kétoldalú obligatiónál az egyik kötelezés érvénytelen, az egész is az.

3. Igen vitás az a tétel, hogy nem lehet az obligatiónak tárgya az oly szolgáltatás, a melyben a hitelezőnek *pénzben kifejezhető érdeke nincsen*. Cosacknál a példa az, hogy az egyik testvér igéri a másiknak, hogy mert nagyon sokat dolgozik és szivarozik, ezentúl nem fog szivarozni és naponkint két óráig sétálni fog. Ezt Cosack érvényes obligatiónak tartja, a mi annyit tesz, hogy ha mégis szivarozik és nem sétál, beperelheti és el fogják marasztalni. Endemann az ellenkezőjét állítja. Maga a német polgári törvénykönyv nyitva hagyja az obligatio pénzérdekű voltának kérdését, a mely a pandektákban is nyitva áll. Voltaképen azonban a kérdés maga helytelenül van feltéve. Nem az az első kérdés, vajjon a szolgáltatás, a melyre magamat köteleztem, pénzben kifejezhető-e, hanem az: akartam-e magamat általában jogilag kötelezni. A fenti példában világos, hogy a fivér magát egyáltalában nem is akarta kötelezni. Ha én valakinek szavamra igérem, hogy a koncertjére elmegyek, bár neki esetleg ebben pénzbeli érdeke van, mégsem jön létre

obligatio, mert én magamat jogilag, t. i. beperelhetőleg egyáltalában nem akartam kötelezni. Ily módon a mi kérdésünk arra redukálódik, hogy oly esetben, mikor kétségtelen, hogy A. igenis jogilag akarta magát kötelezni B.-vel szemben egy olyan szolgáltatásra, a mely pénzérdekkel nem bir, vajjon akkor támad-e obligatio vagy sem? A legelső érv, a mit a mellett hoznak fel, hogy az obligationalis szolgáltatásnak vagyoni értékkel kell birnia az, hogy a kötelmi jog a vagyonjognak része. Csakhogy ez nimium, probat, túlságosan sokat bizonyit, mert e szerint tulajdonjog vagy más jog sem volna lehetséges oly valamin, a minek pénzbeli értéke nincsen. Már pedig tulajdonjogom lehet oly papiron, a melyet még a sajtos sem vesz meg. Ez az érv tehát nem mond semmit. Maguk a források a kérdést el nem döntik. Két hely az, a melyet a mellett fel szoktak hozni, hogy obligatio pénzérdek nélkül is lehetséges. Az egyik hely (l. 6. §. 1. D. XVIII. 7.) esete az, hogy eladom a rabszolgámat azzal a feltétellel, hogy a vevő azt ne üthesse. Ha ő mégis üti, perelhetem-e a vevőt? Erre mondja Papinianus: Nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si *pecuniae ratione* venditoris interesset, veluti quod poenam promisisset: ceterum viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. (Azelőtt azon nézeten voltam, hogy az eladó a rabszolgára rótt büntetés miatt csak akkor perelhet az adás-vétel alapján, ha neki ebben pénzbeli érdeke van, pl. kötbérrel erre magát más valaki irányában lekötelezte, hiszen máskülönben tisztességes emberről fel se lehet tételezni, hogy azt higyje, hogy az eladónak valami érdeke van abban, hogy a vevő haragjában indulatának eleget ne tehessen.) Sed (így folytatja tovább) in contrarium me vocat Sabini sententia. (De az ellenkezőjéről győzött meg engem Sabinus nézete.) Ez eddig azt látszik mutatni, hogy tehát sine pecuniae ratione is perelhet az eladó, vagyis megáll az obligatio. Ez azonban tévedés, mert Papinianus úgy emlékszik meg Sabinianusról, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur (a ki úgy dönt, hogy az eladó keresettel azért élhet, mert hátha ezért a rabszolgát olcsóbban adta el). Ez az utóbbi fordulat azt mutatja, hogy Papinianus éppen súlyt vet a pénzbeli érdekre. Ulpianus (l. 9. §. 2. D. 40. 7.) egyenesen ki is mondja: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt. Ezzel szemben áll Papinianusnak egy másik helye (l. 54. pr. D. 17. 1.): Placiut enim prudentioribus *affectus rationem* in bonae fidei iudiciis habendam. Érdekes Papinianusnak egy harmadik helye is (l. 7. D. 18. 7.). Ott az eset az, hogy egy szolga azon feltétel alatt adatott el, hogy Italiában ne tartassék, mert ha igen, akkor a stipulation felül kötött megegyezés szerint a vevő kötbért fizessen. Ha már most a rabszolga mégis elhozatnék Italiába nem igen áll, hogy az eladó e miatt harag czimén perelhessen (t. i. mert ő a rabszolgára hara-

gudott, kivánta az exportálást). Csak az esetben fog perelhetni, még pedig utilio actióval, ha a szerződés meg nem tartása miatt másnak igért kötbérbe esnék. Ebből foly, hogy csak annyira perelhet, a mennyit annak a másnak fizetni köteles. A mit ezenfelül követel, azzal czélt nem fog érni. Ha azonban nem büntetésből való exportálásban egyeztek meg, helyesen fog perelhetni affectionis ratione, azaz nem pénzérdek czimen. És ez a két döntésem, úgy mond Papinianus, nem mond egymásnak ellent, mert az állhat érdekemben, hogy a rabszolgával jól bánjanak, az azonban csak durvaság jele, ha a miatt haragszom, hogy valakit meg nem büntettek. Tehát Papinianus itt tényleg vallja, hogy lehet más komoly érdek is, mint a pénz, de komoly, méltányos érdeknek kell lennie.

A helyes álláspont szerint nemcsak pénzbeli érdek az, a mely az obligatióban szerepel, de viszont az, hogy pénzbeli érdekü a szolgáltatás, még nem teszi az obligatiót érvényessé. Ebből foly, hogy annak, hogy van-e pénzértéke vagy sem, semmi befolyása sincs az obligatio érvényességére. Másutt keresendő tehát, hogy miféle tartalmúnak kell az érdeknek lennie, hogy az obligatio kötelező legyen. A válasz relativ: a jog nem adja magát oda minden capricenak szeszélynek biztosítására, hanem csak olyan érdekek szolgálatába áll, a melyek *védelemre szorulnak* és *védelemre érdemesek.* Ez pedig az idők változása szerint változó valami. Ma, ha iszákos ember szerződést köt egy másikkal, hogy nem fog többé inni, azt a biró még nem ismeri el. Ha azonban az iszákosság általános társadalmi bajjá nőné ki magát, úgy hogy állami reactio szükségessé lesz, akkor a iudicatura eleinte akadozva, később öntudatosan elismerné érvényes obligationak az ilyen szerződést. Épen ezért, mikor kétséges, vajjon a biró az obligatiót érvényesnek fogja-e elismerni, a felek kötbért kötnek ki, és így a kétes szolgáltatás nem in obligatione, hanem in condicione van, a hol a biró kénytelen elismerni. Persze ha a szolgáltatás erkölcstelen, hiába veszszük in condicionem kötbért kötve ki, mert erkölcstelen condicio az egész ügyletet semmissé teszi.

4. Ne legyen a szolgáltatás *teljesen határozatlan.* Erről bővebben a következő szakaszban.

108. §. A kötelem fajai tárgyak szerint.

Tárgy szerint megkülönböztetünk **határozott és határozatlan tárgyú obligatiót.** A római jogban is találkozunk azzal a megkülönböztetéssel, hogy van *certi és incerti obligatio.* Ez azonban nem esik össze a mi osztályozásunkkal, mert ott mást, valami tisztán mechanikait jelent. Obligatio certi, a melynek certi actio felel meg, a hol ugyanis az ember már kezdettől fogva megmondhatta azt, hogy annak idején a condemnatio mire, mennyire és minőre (quid, quale, quantum) fog szólni. Ha A. B.-nek stipulatióban 100 frtot

igért, akkor bizonyos volt, hogy B. csak 100 frtot fog követelhetni, se többet, se kevesebbet. De ha A. B.-től vett egy lovat 100 frtért, akkor ez nem obl. certi (holott ma határozott), mert a teljesitésig közbe jöhet még mindenféle, úgy hogy esetleg nem 100 frtot, hanem többet vagy kevesebbet fog követelhetni. Nem igy különböztetünk ma. Ma határozott obligatio akkor van, a mikor az obligatio tárgya, a szolgáltatás elegendő határozottsággal van körülirva, úgy hogy tudjuk ab initio, mire köteles A. B.-vel szemben, de ez nem zárja ki azt, hogy az obligatio tárgya később változni fog. Ezzel szemben határozatlan ma az obligatio, ha kezdettől fogva az, hogy mit követelhet a hitelező majd annak idején normalis lefolyás mellett, nincs teljes határozottsággal, hanem csak kisebb-nagyobb latitude-del van meghatározva. Ez a határozatlanság lehet kisebb nagyobb fokú, de teljesen határozatlan nem lehet, mert különben nincs obligatio. Megjegyzendő különben, hogy néha csak a kifejezés, a melylyel az obligatiót vállaljuk, határozatlan, maga az akaratunk nem az. Ilyenkor nincs határozatlan obligatio, csak értelmezni kell a kifejezést. Lehetséges ezzel szemben, hogy a felek világosan beszélnek, semminemű értelmezésre nincs szükség, de a felek szándékosan nyitva hagyják a szerződésnek egy pontját. Ha arra kötelezem magam, hogy a portékáért annyit fogok fizetni, a mennyit az öcsém fizetett, akkor itt csak a kifejezés határozatlan, de maga a teljesitendő szolgáltatás határozott. Már ha úgy egyezünk meg, hogy annyit fogok fizetni, a mennyit egy bonus vir meg fog állapitani, itt már a fizetendő összeg is határozatlan, de később határozottá fog válni. Lehetséges, hogy az igy határozatlanul megállapitott obligatio sohasem fog határozottá válni, a mikor is az obligatio semmissé lesz. Így pl. ha megegyezünk, hogy annyit fogok fizetni, a mennyit A. mondani fog. Ha most A. nem akar nyilatkozni és mi ő reá nem mint bárki más által helyettesithető bonus virre hivatkoztunk, hanem az ő személyére helyeztük a súlyt, akkor az én kötelmem sohasem lesz határozott, és így az obligatio érvénytelen lesz. A mikor tehát egy harmadik személy önkénye az a factor, a mely által az obligatio közvetve van meghatározva, akkor az obligatio csak feltételesen jön létre. Ellenben, ha a harmadik személyre csak, mint a bonum és aequum hirdetőjére hivatkozunk, akkor ha ő megtagadja a szolgáltatás megállapitását, másvalaki, esetleg a biró fogja meghatározni, mi a bonum et aequum. Néha a szolgáltatás megállapitását nem egy meghatározott harmadikra, hanem a szokásra bizzák a felek. Pl. sietve veszek egy kalapot és az ár megbeszélése nélkül elrohanok. Azt mondják, hogy a vétel létrejön, ha az árú és ár iránt a megegyezés létrejön. Itt az árról nem volt szó, mégis létrejön a vétel, mert meg van határozva közvetve ex aequo et bono, vagyis annyi lesz, a mennyit ott ily kalapért szokás adni. Ha tehát a kalapos túlságos nagy számlát küldene, mehetek a biróhoz. Itt tehát még a külső faktor sincs megállapitva, a ki a szol-

gáltatást meghatározza. Más kérdés, vajjon megengedhető-e a szolgáltatásnak oly közvetett meghatározása, hogy a kötelemben álló felek közül az egyik határozza meg? Ez is attól függ, vajjon az illetőnek önkényét értik-e a felek, vagy csak arbitrium boni virire gondoltak-e? Utóbbi eset lehetséges és ilyenkor ha méltánytalant határoz meg, mehetnek a biróhoz, mert ilyenkor nem ő factor, hanem a méltányosság. Ellenkező esetben a római jog szerint obligatio nem jön létre. Csak három eset van olyan, a melyben csakugyan az egyik félnek az önkénye határozza meg bizonyos korlátokon belül a szolgáltatás tárgyát. Ez a három eset a fajlagos (generikus), a vagylagos (alternativ) és a helyettesíthető obligatio. Ezek tehát a határozatlan tárgyú obligatiónak legnevezetesebb esetei.

I. **Generikus obligatio.** A. köteles B.-nek szolgáltatni valamit, a mi nincs egyedileg, hanem csak bizonyos minőség által meghatározva, a mikor tehát nem tudom megjelölni úgy a szolgáltatás tárgyát, hogy ezt itt ni. Ha ezt meg tudom tenni, akkor az obligatio specificus, tárgya egyedileg van meghatározva. Tehát, ha A. köteles B-nek ezt az órát adni, vagy azt az órát, mely bent van az íróasztalon, ezek mind specificus obligatiók, de ha A. köteles egy 100 forint értékű arany órát adni, ez generice meghatározott obligatio. Tágabb értelemben nemcsak darere menő obligatióra, hanem facerere menőre is lehet a genericus-specificus kathegoriáit alkalmazni. Pl. Ha egy szinész magát Hamlet eljátszására kötelezi, az specifikus obligatio, ha hősszerepek eljátszására, az már generikus. De technikai értelemben csak dologszolgáltatás (dare) esetére alkalmazzuk. Az, hogy a dare tárgya csak generice van meghatározva, az bizonyos viszonyoknál lényeges. Így pl. a mutuummal lényeges, hogy a ki kölcsön kap 100 frtot, az nem ezt, hanem bármilyen 100 o. é. frtot köteles visszaadni. Mert ha ezt a 100 frtot köteles visszaadni, vagyis a szolgáltatás specifice van meghatározva, akkor az már nem mutuum, hanem commodatum. Már az adásvétel adásvétel marad, akár generice, akár specifice van a szolgáltatás meghatározva, akár ezt, akár egy órát veszek meg. Az adásvételnél tehát az, hogy genericus vagy specificus-e, az obligatio természetére, nemére, úgy mint a kölcsönnél, nincs befolyással. Más contractusoknál ez a körülmény, bár a kötelem nemére nincs is befolyással, mégis minősitő hatással van. A contractus typusa ugyanaz marad, és az által, hogy a szolgáltatás generice van meghatározva, csak némileg módosul. Ha én önnél egy dolgot leteszek a magam érdekében és ön nekem ugyanezt a dolgot köteles visszaadni, az depositum. Ha már most ön nekem nem ugyanezt a dolgot, hanem csak ugyanolyat és ugyanannyit köteles visszaadni, akkor ez már nem specificus, hanem genericus kötelem, mégis depositum marad, de már nem rendes depositum, hanem depositum irregulare. Én önnek követelése biztosítására egy dolgot átadok, ön nekem ugyanazt köteles visszaadni. Ez a contractus pignoraticius. Ha már most nem ugyanazt, hanem

csak ugyanolyat és ugyanannyit köteles visszaadni, az már contractus pignoraticius irregularis. Ha haszonbérbe adom az ingatlanomat a fundus instructussal együtt azzal, hogy a haszonbér lejártával ön ugyanazt a fundus instructust, ugyanazt az 500 ökröt adja vissza, akkor ez közönséges locatio conductio rei. De ha ön csak ugyanilyen 500 ökröt köteles visszaadni, akkor az locatio conductio rei irregularis, középkori néven contractus socidae. Sőt az obligatio genericus vagy specificus volta minősítő hatással van nemcsak a kötelmi, hanem a többi subiectiv jogok területén is. Igy a dologi jogokban beszéltünk usus fructusról és ususfructus irregularis vagy quasi ususfructusról. A családjogban megkülönböztetnek dos aestimata-t taxationis causa (specifikus) és dos aestimata-t venditionis causa (generikus).

Az obligatio generikus vagy specifikus volta nem tévesztendő össze a helyettesíthető vagy nem helyettesithető dolgok szolgáltatására irányuló obligatióval (l. 283. l.). Vannak dolgok, a melyeknél az egyedre szoktuk a súlyt fektetni, pl. versenylovaknál, szobroknál stb. ezek nem helyettesithető dolgok (res necfungibiles), ismét másoknál nem arra szoktunk súlyt fektetni, hogy melyik van meg belőlük, hanem hogy mennyi, ezek a helyettesithető dolgok (res fungibiles). Már most rendesen úgy van, hogy a helyettesíthető dolog generikus, a nem helyettesithető pedig specifikus obligatiónak szokott a tárgya lenni. Innen a kettő összetévesztése. Csakhogy ez csak így szokott lenni, de nem kell így lennie. Lehet a helyettesíthető dolog specifikus obligatio tárgya is, pl. ön köteles nekem ezt az ötöst adni, viszont generikus obligatio tárgya meg nem helyettesíthető dolog lehet, pl. ön köteles nekem egy Munkácsy képet adni.

A generikus obligatio határozatlan tárgyú, vagyis olyan, a melynek tárgya csak közvetve van meghatározva, az t. i., hogy abból a meghatározott nemből melyik egyedet fogja az adós teljesíteni, azt előre nem tudjuk, az csak későbben határozódik meg. Kérdés, ki határozza meg, hogy mit fog az adós szolgáltatni, a meghatározott 100 frtos arany órák közül melyiket? Más szóval: kit illet a választás joga? In dubio, azaz, ha máskép meg nem állapodtak, az adóst. Ez az elv ily általánosságban veszélyes következményekkel járhat a hitelezőre. A mi kereskedelemi törvényünk ezért helyesen azt mondja, hogy az adós középminőségűt köteles szállitani. A római jog az adós választási jogát nem korlátozza. Ha tehát A. B.-vel megállapodott, hogy ilyen minőségű és természetű dolgot fog szállitani, joga van az e minőségnek megfelelő legsilányabbat is szállitani (l. 72. §. 5. Dig. 46. 3). Mihelyt persze az adós (illetve, ha a felek így egyeztek meg, a hitelező vagy más harmadik) választott, akkor a genericus obligatio specificussá lesz, a mit azzal szoktunk kifejezni, hogy az obligatio a kiválasztott szolgáltatásra concentrálódik. Már most kérdés, hogy meddig választhat az adós, mely pillanattól fogva lesz kötve egy bizonyos species-

hez. Pl. választ valamit, azután meggondolja magát stb., szóval: hányszor gondolhatja meg magát, hányszor illeti meg a *ius variandi?* A felelet az, hogy az adós az egyedhez addig nincs kötve, addig választhat és változtathat, míg nem teljesített, a teljesítésig, azaz míg meg nem tett mindent, a mi a teljesítéshez szükséges. Inter praesentes tehát a míg át nem adta a dolgot, inter absentes, míg el nem küldötte és a hitelezőt erről nem értesitette. A hitelező tehát, ha adós teljesíteni nem akar, beperelheti őt, de csak generikus szolgáltatásra, az elmarasztalás is egy szürke lóra fog szólni (és nem egy bizonyos szürke lóra) és az adós még mindig maga választhatja, hogy melyik szürke lovat adja; ha még sem választ, a végrehajtás is csak egy szürke lóra történik, úgy hogy a végrehajtásnál is még az adós határozhatja meg a lefoglalandó lovat, de ha még ekkor sem választ, megszünik a választási joga és átmegy a hitelezőre. Az adós in dubio a teljesítésig választ. Ha a hitelezőt illeti a választási jog, ő azt csak a litis contestatióig gyakorolhatja.

Annak, hogy az obligatio generikus-e vagy specifikus a választáson kivül, főleg a *casus*, a véletlenből származó kár, ú. n. veszély, *periculum* szempontjából van fontossága. (Ez a periculum lehet kétféle: periculum interitus, a szolgáltatandó dolog elvész, a szolgáltatás lehetetlenné válik és periculum deteriorationis, a dolog rosszabbodik.) A szabály az, hogy a veszélyt a hitelező, a kinek a dolog jár, viseli: *casum sentit is, cui species debetur.* Csakhogy a generikus obligatio tekintetében megint az áll, hogy *genus nunquam perire censetur*. Ha tartozom *ezt* a szürke lovat szállitani, akkor ha ez tönkremegy az én hibámon kivül, mást nem szállithatok, és beáll a szolgáltatás lehetetlensége, a mit a hitelező visel, vagyis *ő* szolgáltatást nem követelhet. Ha azonban nem egy meghatározott lovat, nem ezt a szürke lovat, hanem *egy* szürke lovat tartozom szállitani, akkor ha (a választás előtt) egy, az általam szállittatni szándékolt, (de még ki nem választott) szürke ló megdöglik, nem mondható, hogy a szolgáltatás lehetetlenült, mert még van sok szürke ló a világon, a mit szállíthatok. A generikus obligatiónál tehát rendszerint nem állhat be a lehetetlenülés esete. Azt a kárt tehát, hogy a szürke ló megdöglött, nem a hitelező, hanem az adós viseli. De azért ez alól lehet kivétel: genus nunquam perire censetur. Ha a faj, a melyből szolgáltatnom kell, kevés egyedből áll (pl. az istállódban álló szürke lovak közül szállíts egyet!), akkor bizony megeshetik, hogy az egész faj kipusztul, és akkor az adós ismét mentesül. Az természetes, hogy a generikus obligatiónál is a választás után, az obligatio specifikussá válván, a veszélyt a hitelező viseli.

Az obligatio generikus vagy specifikus volta nem függ és ezért élesen elválasztandó a következőktől:

a) Elválasztandó, mint már mondtuk, a dolog fungibilis vagy nec fungibilis voltától. Az, hogy egy dolog fungibilis-e vagy sem, az nem függ a felektől, az obiectiv criterium, a felektől

csak az függ, hogy az obligatio generikus-e, vagy specifikus? A dolog természeténél fogva a fungibilis dolog rendesen generikus obligatio obiectuma lesz, de azért lehetséges, hogy fungibilis dolog specifikus, nec fungibilis pedig generikus kötelem tárgya legyen. Ez utóbbi esetre azt szokták mondani, hogy ilyenkor a nec fungibilis dolog fungibilissé lesz. Ez helytelen, mert a helyettesithetőség a dologhoz tapadó tulajdonság és nem a felek akaratán múlik.

b) Nem függ össze a fajlagos és egyedi obligatio fogalma azzal sem, hogy az a kör, a melyből a dolgot szolgáltatni kell, nagyobb vagy kisebb kör-e. Én vehetek A.-tól könyvet, vehetek magyar könyvet, vehetek magyar jogi könyvet, vehetek magyar római jogi könyvet, magyar római jogi institutio könyvet, a kör mindig szűkül, az obligatio mégis fajlagos marad mindaddig, míg rá nem lehet mutatni, hogy ezt a könyvet veszem.

c) Nem függ össze a fajlagos obligatio fogalma azzal sem, hogy a szállítandó dolgok egyes vagy többes számban adandók-e át. Fajlagos obligatio: adjon *egy* lovat, egyedi: adja ezt az *öt* lovat. Szállítandó a maga akó borának a fele, ez szintén generikus obligatio, mert nincs meghatározva, melyik fele. De ha a kötelem úgy szól, hogy ön köteles engem az akó borának felében condominussá fogadni, ez specifikus kötelem, mert minden egyes atomra kiterjed az én felényi condominiumom. Ilyenkor mint láttuk, nem a bor, hanem a jogosultság van megosztva.

d) Nem függ az obligatio generikus vagy specifikus volta attól sem, hogy a szolgáltatandó dolog jelenleg létező-e, vagy csak létesítendő-e, úgynevezett res futura-e? Eladom jövő évi termésemet: specifikus obligatio, ebből a végből levágandó első öt rőföt (szintén res futura, mert most még rőf vászon nincs, csak vég), specifikus obligatio; a végből öt rőföt generikus.

II. **Helyettesíthető tárgyú, vagy helyettesíthető obligatio.** Értjük ez alatt azt, hogy míg némely obligatio bizonyos személy által teljesítendő, addig más obligatio bárki által teljesithető. Fajlagosan van meghatározva nem a szolgáltatás tárgya, hanem a teljesitésnek az alanya. Oly obligatiónál, mely valamely dolog odaadására irányul, rendszerint mindegy, hogy ki adja a dolgot, a fő az, hogy a hitelező megkapja. Az oly obligatio, melynél mindegy, hogy az adós vagy más teljesít-e, helyettesithető obligatio. Ez a divatos elnevezés, bár nem egészen helyes, mert megtévesztő, ráillik a fungibilis dologra menő obligatióra is, holott ez egészen más. Még talán az az ellenvetés volna emelhető, hogy a helyettesithető obligatiónál a helyettesithetőség az alanyra vonatkozik, tehát nem tartozik az obligatióknak tárgy szerinti felosztásai közé. Ez azonban nem áll, mert az, hogy ki szolgáltat, hozzátartozik a szolgáltatáshoz tehát az obligatio tárgyához.

III. **Vagylagos (alternativ) vagy disiunctiv obligatio.** Ezt meg kell különböztetni:

a) *A facultas alternativa*-tól. A. köteles nekem szolgáltatni x-et, de ő jogosítva van magát az obligatiótól mentesíteni y-nak a szolgáltatása által. Pl. a szomszédom kutyája valami kárt tett a rétemben, ilyenkor római jog szerint a szomszéd köteles nekem kártérítést adni, de ő jogosítva van ezen obligatióból kiszabadulni az által, hogy ide adja a kutyát (actio de pauperie). Ha a szomszédom rabszolgája, gyermeke, felesége okozott kárt, akkor a legrégibb jog szerint ő a kár megtérítése alól a kárttevő kiadásával, ú. n. noxae datióval mentesülhet. Más példa: A kereskedő 100 frtos dolgot nekem 300 frtért ad el, laesio enormis (duplájánál többet követelt) czimén ő köteles a dolgot visszavenni, erre én öt beperelhetem. Ő azonban jogosítva van a visszavétel helyett nekem 100 frtot visszafizetni. Ezt az utóbbit tőle nem követelhetem, követelni csak a dolog visszavételét (in integrum restitutio) követelhetem. Modern példa a bánatpénz (arrha poenitentialis). Az adós valamire kötelezi magát, és tőle csakis ez követelhető, de ő jogositva van ennek teljesítését valami másnak, rendesen bizonyos összegű pénznek szolgáltatásával megváltani. Facultas alternativa tehát az, midőn in obligatione bizonyos szolgáltatás van, tehát csak az követelhető, de in solutione ezen a szolgáltatáson kivül más is lehet (a mi persze már nem követelhető, de adós azt teljesitheti). Ezzel szemben az alternativ obligatiónál in obligatione van több szolgáltatás és in solutione van egy.

b) Megkülönböztetendő az alternativ obligatiótól a fent tárgyalt generikus obligatio. Néha a megkülönböztetés nehéz. Pl. szolgáltatandó az ön istállójabeli lovak közül egy. Ha az ön istállójában 100 ló van vagy akár csak kettő is van, ez generikus obligatio. De ha csak két ló van benne, úgy is szólhat az obligatio, hogy vagy az egyik, vagy a másik szolgáltatandó, és ez ekkor már nem generikus obligatio, hanem alternativ specifikus obligatio. A különbség ismét practice fontos. Savigny szerint ugyan ilyenkor alternativ és generikus obligatio közt különbség nincsen. Ez azonban nem az általános nézet és a források sem felelnek meg ennek. A források szerint a különbség a következőben van. „A." istállójában csak három ló van. Ő nekem egy lovat az ő istállójából hagyományozott. Vegyük azt, hogy a nélkül, hogy ő azt tudta volna, e három ló közül az egyik úgy is az enyém. Ha ez alternativ obligatio, akkor minthogy obligatio oly dologra nem létesülhet, mely már az enyém, ennélfogva arra a lóra, mely már az enyém, az obligatio létre sem jött, és így az obligatio érvényesen vagy az x vagy az y lóra jött volna létre. Ennek következménye megint az, hogy ha ez a ló esetleg később kiszabadul a tulajdonomból, pl. A. elbirtokolja, e miatt az obligatióban semmi változás sem áll be, a teljesités illetve a választás csak x és y ló közt történhetik. Nem így van a generikus obligatiónál. Ennél az obligatio az egyes lóra csak a választás által jön létre, ha tehát a választásig ő a lovat elbirtokolta, ő z-t is adhatja, bár

az obligatio megkötésénél az még az enyém volt. Persze, ha az istálló-beli három ló közt egy szállitandó, nehéz értelmezési kérdés, vajjon ezt a felek alternativ, vagy generikus obligatiónak szánták-e?

c) Meg kell különböztetni az alternativ obligatiót a kötbérrel (poena conventionalis) megerősitett obligatiótól. Ez utóbbi t. i. abban áll, hogy A. kötelezi magát ezt meg ezt tenni (házat épiteni), ha pedig ezt nem tenné meg, akkor ezt és ezt fogja büntetésből teljesiteni. Ő az alapkötelezettséget köteles teljesiteni, én csak ezt követelhetem tőle. A kötbérre ugyancsak köteles (ez a különbség kötbér és bánatpénz közt), de nem mindjárt elejétől fogva, hanem csak feltételesen. Az alapkötelezettség és a kötbér tehát nem *egy* alternativ obligatio, hanem két simplex (ez az alternativ ellentéte) obligatio, melyek közül azonban a másodiknak az első nem teljesülése a feltétele (condicio suspensiva negativa).

d) Nem tévesztendő össze az alternativ obligatio az egyetemleges, a correalis obligatióval sem. A hasonlóság abban van, hogy valamint az alternativ obligationál egyelőre még nem tudom, hogy mit fogok kapni, úgy a correalis obligatiónál nem tudom, hogy kitől fogom kapni, vagy kinek fog járni a szolgáltatás. Az alternativ obligatiónál az obligatio tárgya van vagylagosan meghatározva (vagy ezt, vagy azt), a correalitásnál az alany van igy megállapitva (vagy ez vagy az, illetve vagy ennek vagy annak). Ezért a correalis obligatiót sokan úgy is nevezik, hogy: subjective alternativ obligatio.

Miután az alternativ obligatio fogalmát elválasztottuk a vele könnyen összetéveszthető egyéb alakulatoktól, áttérünk magára az alternativ obligatióra. A tényállás az, hogy A. köteles B.-nek vagy x.-et, vagy y.-t teljesiteni. Bizonyos tehát az, hogy ő köteles szolgáltatni, ez által különbözik a feltételes obligatiótól, bizonytalan, hogy mire köteles. Ezt a források úgy fejezik ki, hogy mind a két tárgy x. és y. in obligatione van. Ez nem egészen praeciz kifejezés, az igaz csak az, hogy csak egy szolgáltatás van kötelezve, csakhogy a kettő közül melyik lesz az, mely véglegesen mint kötelezett fog jelentkezni, az egyelőre még nem bizonyos. Mind a kettőre nézve áll elő valami lekötöttség, teszem, ha hagyományból ered ez az obligatio, egyik sem idegenithető el. Ennyiben áll, hogy duo sunt in obligatione. (A vagylagosság nemcsak éppen a szolgáltatás tárgyára vonatkozhatik, hanem szólhat a szolgáltatás idejére, helyére vagy egyéb módozataira. Voltaképen ekkor is a szolgáltatás tárgya van alternativa megállapitva, mert Szegeden átadni a lovat, bizonyos tekintetben más szolgáltatás, mint átadni Pesten.) De míg a kötelezés alternativ lehet, a szolgáltatás mindig csak egy lehet. Ezért mielőtt az obligatio a teljesités stadiumába lép, kell hogy simplexxé alakuljon. Ezt a tényt, hogy az alternativ obligatio simplexxé lesz, *concentratio obligationis*nak nevezzük. Ettől a pillanattól fogva azok a szabályok fognak állani, a melyek minden közönséges obligatióra állanak. Ilyen concentráló tények:

1. *Egyoldalú választás (electio)*, vagy helyesebben kijelölés (Auswahl, nem Wahl). Ez egyoldalú akaratkijelentés, tehát egyoldalú jogügylet, a mely a másik félhez van irányítva. Kit illet a választás joga? (A választás nem kötelezettség. Én sohasem követelhetem a másiktól, hogy válaszsz! Ő jogositva van rá, és ha nem választ, esetleg joghátrányban fog szenvedni, de azért jogtalanságot nem követett el.) A választás joga in dubio az adóst illeti meg, de a szerződésben, vagy pedig ügyletben, vagy a törvényben kivételesen meg lehet határozva, hogy ne az adós, hanem a hitelező vagy más harmadik válaszszon. A hagyományi követelés tekintetében a justinianusi jogban a választás joga nem az adóst, hanem a hagyományost, tehát a hitelezőt illeti. (Justinianus előtt a régi jogban különbséget tettek a legatum per vindicationem és a legatum per damnationem közt, előbbinél az adós, utóbbinál a hitelező, a hagyományos választhat. A SC. Neronianum óta a különbség kétféle legatum közt körülbelül meg van szüntetve, ezért állapitotta meg Justinianus egységesen a választás jogát.) Ha harmadik van megbízva a választással, akkor az obligatio csak feltételes, ha a harmadik nem választ, az obligatio létre sem jön. Meddig gyakorolhatja a választásra jogosult a maga jogát? Az adós mindvégig választhat, azaz addig, míg a teljesítést önkényt nem perficiálja, vagy ha önkényt nem teljesit és perre kerül a dolog, választhat a peres eljárás utolsó pillanatáig, a végrehajtásig. A hitelező tehát csak alternative perelhet (különben pluspetitióba esik), az itélet is csak így fog szólni. Ha az adós még sem teljesit, és mennek a szinhelyre a végrehajtást foganatosítani, a végrehajtó is még csak x-et vagy y-t követelheti, csak mikor már a végrehajtás az utolsó stádiumba lép, a dolog elvételéhez, csak ekkor van consumálva az adós választási joga és átszáll a hitelezőre. Ha a hitelező választhat, akkor ő sem kényszerithető a választásra. A végrehajtásig alternative perelhet. Az adós a hitelezőt csak az által kényszeritheti szinvallásra, hogy ténylegesen megkinálja a teljesitéssel, ha erre jogositva van, erre pedig csak az esedékességkor van jogositva. Ilyenkor az alperes nem köteles őt x-szel és y-nal megkinálni, hanem ilyenkor követelheti a hitelezőtől: tessék választani x. és y. közt. Ha a hitelező ezt nem teszi, tisztán ezzel még mindig nem vesztette el a választási jogot, hanem csak akkor, ha már most az adós x-et vagy y-t tényleg teljesiti, illetve letétbe helyezi. Ha az adós csak tisztán szóval hívja fel a hitelezőt a választásra, ezzel még a választási jogot el nem veszíti. Úgy a hitelező, mint az adós választási joga átörökíthető, hogy a hitelező cedálhatja-e, vitás. Savigny, Dernburg, Vangerow szerint igen.

Ha már most a választásra jogosult valamelyik előbbi stadiumban, a teljesítés előtt választ, ez a választás köti-e őt, helyesebben ezen előbbi választással concentrálódik-e az obligatio. Ezt némelyek úgy fejezik ki, hogy a választó a választás által elveszti-e

a *ius variandit?* Ez helytelen kifejezés, mert külön ius variandi nincs. A helyes kérdés az, concentráló hatása van-e az előző választásnak? A források álláspontja az, hogy azért, mert az adós, mielőtt teljesitett, vagy mielőtt perelték, kijelentette, hogy én szolgáltatni fogom x-et, ez az egyoldalú kijelentés a jus variandit nem szünteti meg, a ius variandi csak akkor szünik meg, illetve az alternativ obligatio akkor concentrálódik, ha a választó fél kijelentését a másik fél elfogadja. Tehát a kijelentésnek, a választásnak csak ajánlat szerepe van és csak szerződés concentrál. Ennek a szerződésnek neve, ha adós választ: constitutum unius rei, ha a hitelező választ: pactum de non petendo alterius rei. Egyoldalú nyilatkozat által csak akkor concentrálódik az obligatio, ha az obligationalis szerződés ezt előre kiköti. Fr. 112. pr. Dig. 45. 1. szerint, ha az adós magát úgy kötelezte, hogy teljesíteni fogom azt, quem volnero, nem variálhat, egyoldalú választása concentráló hatású, ellenben ha úgy szól: quem volam, variálhat. A mai jogokban túlnyomó az a nézet, hogy az egyoldalú választás is concentrálja az obligatiót, mert különben bolonddá tehetné a hitelező az adóst, az adós a hitelezőt. Csakhogy persze ez nem mindig szolgál a másik fél előnyére. Ha az adós értesíti a hitelezőt, hogy ő x-et választotta, akkor ha most x. per casum elvész, az adós mentesülne.

2. Concentráló hatással van a felek közt lévő szerződés. A felek bármikor csinálhatnak alternativ obligatióból simplexet.

3. Concentrál a perficialt teljesítés. Windscheid szerint. ha az adós részteljesítést kinál fel és a hitelező ezt elfogadja, a ius variandi nem szünik meg. Ez ex aequo et bono helytelen döntés.

4. Concentrálódik végül az obligatio az utólagos véletlen lehetetlenülés által. Ha az obligatio x-re vagy y-ra szól és ezek közül a választás előtt lehetetlenné válik x., akkor az obligatio y-ra concentrálódik. Azonban, ha az adóst illeti a választási jog, ő ez esetben is jogosítva van a lehetetlenné vált x. egyenértékét szolgáltatni, facultas alternativája marad az alternativ obligatióból, kötelezve csak a fenmaradt x-re marad. (A facultas alternativánál ellenben, ha az obligatióban levő szolgáltatás lehetetlenül, semmit sem kell teljesítenie, ha pedig az a szolgáltatás válik lehetetlenné, melylyel a kötelezett szolgáltatást megválthatja, elveszti facultas alternativáját.) Ha nem véletlenségből, hanem az egyik vagy másik félnek hibájából, dolusából válik lehetetlenné a szolgáltatás, meg kell különböztetni, vajjon az adós vagy a hitelező dolusa okozta-e a lehetetlenülést, és hogy kit illet a választás. Mikor adós választhat és az ő hibájából válik az egyik szolgáltatás lehetetlenné, akkor nem szabadul, hanem köteles a fenmaradó másik szolgáltatást teljesíteni. Ha a hitelezőt illeti meg a választás joga, és az adós hibájából lehetetlenül az egyik szolgáltatás, akkor a hitelező választhat a fönmaradt szolgáltatás és a lehetetlenné vált szolgáltatásért járó kártérítés között. Ha a hitelező okozta az egyik lehetetlenülését,

akkor ha az adós választhat, ő választhatja a lehetetlen szolgáltatást, vagyis az obligatióból mentesül. Ha a hitelezőt illeti ilyenkor a választási jog, ő választhatja ugyan a lehető x-et, de a lehetetlenné vált y-ért kártérítéssel tartozik.

A dolog még tovább complicálható, ha t. i. az egyik szolgáltatás egyik-másik fél hibájából, a másik pedig per casum lehetetlenül, vagy még inkább ha az egyik szolgáltatás az egyik, a másik meg a másiknak hibájából válik lehetetlenné.

109. §. A kötelem fajai tárgy szerint (folytatás).

A kötelmek további felosztása: osztható és oszthatatlan kötelmek. Ez a fogalom körülbelül ugyanolyan nézőpontnak felel meg, mint a dolgok oszthatósága. Osztható az a dolog, a melyet ha részekre bontok, akkor minden egyes rész ugyanolyan minőségű, mint az egész dolog, csak quantitative különbözik az egész dologtól és ha a részeket összeadom, annyi van a kezemben, mint az osztás előtt. Nem osztható dolog az óra, mert ha azt részekre bontom, nem órák lesznek a kezemben. Ennek megfelelően a kötelmi szolgáltatás akkor osztható, ha a szolgáltatásnak egy része minőségileg éppen olyan, mint az egész szolgáltatás, és ha a részszolgáltatásokat összeadom, ugyanannyi lesz a vagyonomban, mintha az egész volna meg. Ha B. A.-val szemben 10 q búza szállítására köteles, akkor ötször 2 q-nak a szállítása összevéve éppen olyan vagyoni értékű, mint a 10 q-nak a szállítása. Nem osztható pl. képnek megfestése. A kép tizedrészének megfestése nem elégíti ki mennyiségileg az érdek $^1/_{10}$ részét, annak semelyik része sincs kielégítve. Az osztható kötelmet meg kell különböztetni:

a) Az úgynevezett összetett kötelemtől. Összetett kötelem, melynek tárgya összetett szolgáltatás, pl. ház építése. A hasonlóság az összetett és az osztható obligatiók közt abban van, hogy az előbbieknél is beszélhetünk, a szónak persze nem jogi értelmében, részszolgáltatásokról, t. i. minden egyes szolgáltatás magában is compleálható. Mikor az építész beszerzi a sineket a házhoz, ez magában véve a házépítésnek része. Csakhogy ez nem jogi értelemben vett része az egész szolgáltatásnak, ez minőségileg nem olyan mint a többi rész, nem olyan mint az egész szolgáltatás. Ez az összetett szolgáltatás oszthatatlan szolgáltatás, mert minőségileg nem egyenlő szolgáltatásokból van összetéve. De lehet az összetett szolgáltatás is osztható. Példák: Egyszerű osztható kötelem: 10 q búza átadása; egyszerű oszthatatlan: nóta eléneklése; összetett osztható: 10 q búza szállítása és a hozzávaló zsákok használatának ideiglenes átengedése; összetett oszthatatlan: a házépités.

b) Úgy az osztható, mint az összetett kötelmet meg kell különböztetni attól az esettől, mikor egy ügyletben több kötelem jön

létre (l. 322. l.). Ez utóbbi esetben egyáltalában részszolgáltatásokról nem lehet szó, itt minden egyes kötelemnek külön sorsa van. De azért mégis fontossá válik az is, hogy több kötelem jött létre egy ügyletben, mert ha az ügyletet sikerül megtámadnom, az összes obligatio megdől, nem kell minden egyest megtámadnom. Annak gyakorlati hatásáról, hogy a kötelmet egységes, összetett vagy többes egyszerű kötelemnek vesszük, már szóltunk. A kereskedelmi törvény 358. §-a a vételnél azt mondja: ha a teljesítés osztható, a felek egyike a szerződésnek csak azon részére léphet vissza, a mely teljesítve nem lett. Itt a törvény az osztható szót nem használja helyesen, mert itt az egy szerződésbe foglalt több kötelmet érti.

Az osztható kötelem tehát egy, akár egyszerű, akár összetett kötelem, melynél a szolgáltatás oly részekre bontható, melyek minőségileg egyenlők egymással és az egészszel és az érdeket arányos részben kielégítik. Az osztható kötelem hatásait itt összefoglalni nem lehet, a jognak különböző részeiben más-más hatások fűződnek hozzá. Így ha az osztható kötelembe akár kezdettől fogva, akár később többen lépnek be akár a hitelező, akár az adóshoz: *nomina sunt ipso iure divisa*, vagyis nem egy osztható, hanem több kötelem lesz. Így öröklés esetén. Ha hárman 300 frtot örökölnek, mindegyik csak 100 frtot követelhet. Másik fontos szabály, hogy a hitelező a kötelem felosztását elfogadni nem köteles, tehát részszolgáltatást nem köteles elfogadni még akkor sem, ha a kötelem osztható. Tehát csak a hitelező engedelmével szabad a kötelmet felosztani.

Mert az oszthatósághoz oly fontos következmények fűződnek, kivánatos volna megállapitani, hogy mely kötelmek oszthatók. Erre azonban absolut szabály nincs, mert többnyire osztható kötelezettség is in concreto oszthatatlan lehet és viszont. Csak nagy vonásokban áll tehát a következő szabály: A darere menő obligatiók oszthatók, kivételével a szolgalom átadására irányuló obligatiónak, mert maga a szolgalom sem osztható. Római felfogás szerint még az oszthatatlan dolog adására irányuló specifikus kötelem is osztható volt, mert t. i. pro parte indivisa ment a felosztás, condominiumot kaptam. Ma ettől a jogok eltérnek. A facerere menő obligatiók rendszerint oszthatatlanok, de azért in concreto ezek is oszthatók lehetnek, pl. 10 napi favágás.

Az a szabály, hogy nomina sunt ipso iure divisa csak az osztható kötelmeknél áll, az oszthatatlanoknál nem. Az oszthatatlan kötelemnél meg kell különböztetni, vajjon az adós vagy a hitelező oldalán vannak-e többen. Ha a hitelező oldalán vannak többen, az egyetemlegesség bizonyos faja áll elő. Némelyek egyetemlegességnek mondják is. Ez a kifejezésmód azonban nem helyes. Minden hitelező követelheti az egészet, ennyiben talál a kifejezés. Nem talál azonban annyiban, hogy míg az egyetemlegességnél, ha az egyik hitelező megkapta az egészet, a többi hitelezőtárs semmit sem követelhet az adóstól, addig az

oszthatatlan obligatio esetében a többi hitelező követelése tovább is fenmarad, azok nincsenek kielégítve. Az egyetemleges kötelemnél az adós, mikor az egyik hitelezőnek az egészet adja, nem ad többet, mint a mi neki jár, az oszthatatlannál kényszerűségből többet ad. Ezért ha az egyik hitelező az egész lovat követeli, az adós viszont cautiót követelhet tőle, hogy a többi hitelező nem fogja tőle újból követelni. Lehet, hogy a concret esetben erre a cautióra szükség nem lesz. Pl. ha valaki hármunk házának tatarozását vállalja magára, akkor ha egyikünk követeli a tatarozást, többet követel ugyan, (oszthatlan lévén a szolgáltatás, adós köteles az egészet teljesíteni), még sem kell cautiót adnia, mert itt az egésznek a teljesítésével a másik két hitelező is ki van elégítve. A rendes eset, különösen a darere menő obligatióknál azonban az lesz, hogy az adós cautiót fog követelni. Ha pedig az oszthatatlan obligatióban egy a hitelező és több az adós, akkor részszolgáltatás lehetetlen lévén, a hitelező bármelyik adóstól az egészet követelheti, és mihelyt az egyik az egészet adta, a hitelezővel szemben a többi adós is megszabadul. Ez tehát valóságos egyetemleges kötelem.

110. §. Egyes fontosabb kötelmi tárgyak.

a) A pénzszolgáltatás.

A pénzszolgáltatás a kötelmeknek leggyakoribb tárgya, még pedig vagy egyedül, vagy részben az. Így a kétoldalú kötelmeknél, ha mindjárt az egyik szolgáltatás nem is pénz, akkor a másik a legtöbb esetben az, így az adásvételnél, bérletnél stb. És ha eredetileg a kötelem tárgya nem is pénzszolgáltatás, esetleg az lesz, mert ha az adós az első sorban kötelezett tárgyat nem teljesíti, az a mit rajta végrehajtásilag bevenni lehet, pénz lész.

Pénz jogi értelemben a jogrend által elfogadott ú. n. törvényes fizetési eszköz, az az, a mit minden adósnak, a ki pénzzel tartozik, fizetnie kell, és a mit minden hitelezőnek, a ki pénzt követel, elfogadnia kell. A pénz fogalma nem a jognak az alkotása, hanem a praktikus életé, a melyet a jogrend csak előtalál és törvényes erővel felruház. A pénz általános csereeszköz, általános értékmérő, a melyet aztán a jog átvesz. Hogy a pénz fogalma hogy fejlődik, hogy a cseregazdaságból mint lesz pénzgazdaság, azt előadni a nemzetgazdaság feladata. Mégis érdekes itt is megemliteni, hogy hogy irja ezt le Paulus (fr. 1. pr. Dig. 18, 1). Olim, úgymond, non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio

difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. Így lép a csere bizonytalanságának helyébe a pénz biztonsága. Általános csereeszközzé, pénzzé pedig az lesz, a minek akár közvetlenül, akár közvetve mindenki hasznát veheti, és ezért általános értékmérővé is válik. Hogy ez a pénz mi, az aztán a kultura fokától függ. Eleinte nem a vert pénz viszi a főszerepet, hanem a barom, a gabona, a latin szó pecunia még utal a pecusra, a baromra. Az első római vert pénz érczdarabok voltak, melyeken marhafej volt kiverve. Később e helyett a nemes érczre térnek át, mert ebben kiválólag van meg egy csomó, a pénzhez megkivántató tulajdonság, így általános magas használati értéke van, meglehetősen egyformán ritka, felosztható, tartós, verhető, az egyes darabok egyformák. Ez utóbbi tulajdonság az egyéni tulajdon szempontjából nem nagyon előnyös, de másrészt absolut biztonságot ad a megszerzése addig, míg a kezemben van, úgy hogy a pénz nem is vindicálható. Ha az én pénzem másnak pénze közé keveredik, a római jog szerint, én elvesztem, és ez a más megnyeri a pénz tulajdonát, az új német polgári tk. szerint condominium keletkezik.

A pénznek háromféle értéke van: fémértéke, névértéke és folyamértéke. Fémérték a fémtartalom értéke, névérték, az az érték, melyet az állam tulajdonít a pénznek, és a mit kényszerfolyammal lát el, folyamérték a piaczi érték. Vitás és nehéz kérdés, vajjon pénznek csak azt az eszközt ismerjük-e el, a melyet az állam ezzel a kényszerfolyammal lát el, vagy pénz-e az is, a mit az állam elismerése nélkül használnak. Így beszélnek tényleges pénzről ellentétben a jogi vagy állami pénzhez. Savigny, a ki általában a szokást, az életet az állam fölé emelte, csakis a tényleges pénzt ismeri el pénznek, éppen ellenkezőleg Laband. A vita voltaképen kettős élű. Az egyik csak terminologiai kérdés. Hogy pénznek akarjuk-e nevezni a levélbélyegeket, a melyeket az apróbb forgalomban igenis szoktak csereeszközül használni, vagy hogy pénznek akarjuk-e nevezni az osztrák határon az ott közkézen forgó porosz pénzt, ez csak terminologiai kérdés, melyről itt szólani nem érdemes. A fontosabb az, vajjon azok a szabályok, a melyek a pénzre vonatkozólag fennállanak, alkalmazhatók, illetve alkalmazandók-e a levélbélyegekre, az osztrák határon levő porosz pénzre? Erre a kérdésre a felelet az, hogy a tényleges pénz nem pénz. Pénz csak az, a mit az állam annak elismer. Ha darab papirost ismer el annak, az lesz a pénz, sőt Fichtenek: „Der geschlossene Handelsstaat“ czímű művében bőrdarabok viszik a pénz szerepét. Minden esetre ajánlatos, hogy az állam azt tegye pénznek, a mit a forgalom is annak használ, de ha nem is azt teszi meg pénznek, solutio csakis az általa megállapított pénzzel történhetik. A tényleges pénzzel való fizetés nem solutio, hanem csak datio in solutum.

A pénz, mint a kötelem tárgya, háromféleképen szerepelhet:

a) Lehet a szolgáltatás tárgya *a pénz qua species,* pl. valaki köteles ugyanazt az aranyat visszaadni, a mit odaadtam neki, mert teszem valami emlék fűződik hozzá. Itt a pénz nem mint csereeszköz és értékmérő fungál. Így a tulajdonnak is és általában dologi jogoknak tárgya mindig a meghatározott érem, tehát species. Tulajdonjogom sohasem lehet pénzösszegen, értve ez alatt abstrakt értéket, tulajdonjogom csak testi dolgon lehet. Ezért helytelen az a tulajdoni igényper, a mely azon alapszik, hogy az asszony tegnap este a férjnek 200 frtot adott, a melyet az a Wertheimkasszába tett, és másnap lefoglalták. A pénznek, qua speciesnek szolgáltatása nem pénzkötelem.

b) Ugyancsak nem pénzkötelem az sem, mikor egy bizonyos pénznem, mint genus szolgáltatandó. Pl. A. kötelezi magát, hogy ő nekem 5 drb. újonnan vert aranyat fog ekkor és ekkor átadni. Ez generikus szolgáltatás, de nem pénzkötelem, mert ha az egész genus megszünik, pl. ezeket az aranyakat mind bevonják, ez a kötelem megszünik, holott a pénzkötelem sohasem szünhetik meg lehetetlenülés miatt.

c) Pénzszolgáltatásról, tehát pénzkövetelésről csak akkor fogunk beszélni, ha a felek intentiója az, hogy bizonyos érték fizettessék, persze az országban kényszerfolyammal biró mindenkori pénz formájában. Ez is generikus obligatio, de a genus itt nem egynemű dolgokból áll, hanem különfélékből, t. i. az összes az államban pénzképen fungáló dolgokból. Némely ügyletek karakterisztikuma éppen az, hogy az egyik szolgáltatás pénzszolgáltatás, pl. az adásvétel éppen abban különbözik a cserétől, hogy az adásvételnél az egyik szolgáltatás pénz. Ha belföldön levő kétféle pénzt cserélünk ki, ú. n. felváltás, az egyszerű csere, már ha külföldi pénzt váltok fel, az adásvétel, mert csak a belföldi pénz, a mire váltok, pénz, a külföldi pénz árú.

A váltótörvény szerint a váltónak mindig bizonyos pénzösszegre kell szólnia. Már most szólhat a Pesten kelt és itt fizetendő váltó 100 drb. frankról is. Ez is váltó, bár a frank Pesten nem pénz. Ez azonban úgy értendő, hogy a 100 franknak napi árfolyama fizetendő magyar pénzben, söt ha ott is van, hogy a 100 frank effektive fizetendő, akkor, ha az esedékesség napján frank absolute már nem volna, ez a váltó in eventum még mindig fizetendő használatban lévő pénzzel. De ha a felek intentiója az volna, hogy csak a frank fizetendő, és ha az nem volna, semmi sem fizetendő, ez már nem váltó, mert nem pénzről szól. In dubio azonban, ha valaki magát idegen pénz szolgáltatására kötelezi, azt kell mondani, hogy in eventum pénzt kell szolgáltatnia.

Fontos hatása van a pénzkötelemnek a szolgáltatás helye és ideje tekintetében. Erről a megfelelő szakaszokban fogunk szólani.

111. §. Egyes fontosabb kötelmi tárgyak.

b) A kártérítés.

Jhering Rudolf szerint ez a civiljognak a legnehezebb fejezete. De ha elhagyjuk mindazt, a mi eredményre úgy sem vezet, akkor a kérdés nehézsége elenyészik. Kártérítésre menő kötelmekről akkor beszélünk, a mikor az adós azt az értéket köteles a hitelezőnek megtériteni, a mely érték a hitelezőnek vagyonában meg volna, ha bizonyos káros esemény be nem következett volna. Kár az a differentia, a mely a vagyonban constatálható, ha az illetőnek jelen vagyoni állapotát összehasonlítjuk azzal a vagyoni állapottal, a mely meg lett volna, ha a káros esemény be nem következett volna, tehát az a különbözet, a mely egy képzelt vagyoni állapot között, melynek de iure be kellett volna következnie, és azon állapot között áll fenn, mely de facto beállt. Ennek a vagyoni differentiának a helyreállítása a kártérítés. A kár fogalma feltételez károsító eseményt, mint okot, vagyoni differentiát, mint okozatot, és vagyont, a melyre nézve előállhat. Nem tartozik ellenben a kár fogalmához valamely dolog sérelme, a kár előállhat a nélkül, hogy a nemzeti vagyon in rerum natura kisebbednék, elég az is, ha vagyoncsere áll be. Ad legem Aquiliam titulusban van ez az eset: ha én valakinek kalitkájából kieresztem a madarat, én dolgot nem pusztitottam, de erre a bizonyos emberre nézve, ennek a vagyonában beállt egy differentia, hézag. Ellenben, ha én valakinek drága emlékét, teszem leveleit elégetem, ez dologsértés, de azért kár még sincs, mert a vagyoni helyzet nem változott. Máskor a vagyoni helyzet igen csekélyet változik, noha az illető más, pl. ethikai érdekében nagyon meg lehet sértve.

A kártérités fejezetében csak a vagyonban szenvedett kárnak a megtérítéséről szólunk. Ennek constatálásánál egyrészt az obiective megmérhető kár jön tekintetbe, másrészt, hogy A. vagyonában milyen differentia állott be (subiectiv elem). Mindig azt kell kérdeznem, hogy ha bárki volna a károsult helyében, ez a bárki, ez a bonus vir milyen kárt szenvedett volna, — nem azt, hogy A. menynyiért nem adta volna, hogy ezt a kárt szenvedje. Nem az A. becslése a mérvadó, hanem egy az ő helyébe képzelt (ennyiben subiectiv) átlagos embernek (ennyiben obiectiv) a becslése. Az így megbecsült differentiát nevezzük az A. érdekének *interessé*jének, utilitasának, causa reinek, néha röviden damnumnak. Ez az érdek, ez az interesse, mást jelent mint a dolog értéke. Értékük a dolgoknak kétféle van: obiectiv és subiectiv értékük. Obiectiv érték az a jelentőség, a melyet a forgalomban mindenki tulajdonít annak a dolognak, ez római jogi nyelven: *verum rei pretium* vagy *vera rei aestimatio*. Ezzel szemben subiectiv érték az a jelentőség, melyet az

egyes tulajdonít neki, ez a *pretium affectionis*. Ez lehet kisebb vagy nagyobb a tárgyi értéknél. Pl. lovam értéke a forgalomban 100 frt, ez a verum pretium; én a lovat annyira szeretem, hogy még 2000 forintért is nehezen tudnék tőle megválni, vagy mert ledobott, 20 forintért is odaadnám, ez a pretium affectionis. A kártérítésnél azonban sem az obiectiv, sem a subiectiv érték nem jön tekintetbe, hanem a kettő között valami közbülső. Nem azt nézzük, hogy mindenki milyen értéket tulajdonít a dolognak, sem azt, hogy az illető kárt szenvedett mire becsülte, hanem, hogy ha bárki a károsult helyében lett volna, mennyire becsülte volna. Ezt az általunk interessenek nevezett érdeket, sokan a rendes értékkel, pretium commune-val szemben pretium singulare-nak nevezik. Ez esetleg nagyobb a tisztán obiectiv értéknél, a pretium verum rei-nél, és ilyenkor a scholastikusok dogmatikája megkülönböztet damnum circa rem-et (a ló obiectiv 100 frt értéke) és damnum extra remet (az azonfelül megállapított kár).

Az érdek, a melynek megtérítéséről szó van, lehet *damnum emergens* vagy *lucrum cessans*. Ez utóbbit negativ kárnak is nevezik. Damnum emergens, ha a vagyonomból oly érték esik ki, a mely már benne volt, lucrum cessans, ha oly értéktől estem el, mely még ugyan meg nem volt, de a melyre én bizton számíthattam. A damnum emergens jelen haszonnak, a lucrum cesseus jövő haszonnak elvesztése. Ez azonban nem egészen talál. Mert ha azt kérdem, hogy én a dolgot mért becsülöm 1000 frtra, a válasz az, hogy a dolognak a jövőben való használhatósága nyújtja ezt az érdeket. Úgy hogy azt lehetne mondani, hogy minden esetben voltaképen a jövendő haszontól esik el az ember. Megölik a nő férjét, a nő elesik az alimentatiótól. Mi ez? damnum emergens-e, vagy lucrum cessaus? Inkább damnum emergens, noha voltaképpen az, a mit az asszony felszámít, jövendőbeli haszon. Ezért nagyon jó, hogy ez a különbség jogilag nem is relevans. Mert a szabály az, hogy a kinek a kárt meg kell térítenie, annak meg kell téríteni mind a kettőt, úgy a damnum emergenst, mint a lucrum cessanst, mert mind a kettőnél vagyoni differentia van. Ellenben nem kell megtéveszteni a pretium affectionist, a mikor pl. differentia nincs, de én ezt nem adtam volna ennyiért és ennyiért.

Nagy haladást jelez a római álláspont, mely a kár megbecsülésénél szabályszerinti mértékül az interesset állítja fel. A primitiv jogokban nem az interesse a mérték, hanem mechanikailag kezelhető fix skála. Az európai jogtörténet egy csomó ilyen skálát mutat, testi sértéseknél, vérdíjnál. A római primitiv jogban is a verum pretium kétszerese, négyszerese volt a skála, sőt fix skála van a lex Aquilia szerint is. Ennél a mérték azon legnagyobb verum pretium, a melylyel a rongált dolog az utolsó évben, illetve az utolsó 30 nap alatt birt. Ez a fix skála nem változott, akárki vagyonában volt is a dolog, holott világos, hogy ugyanaz a dolog

másnak a vagyonában más érdeknek felelt meg. Ennek subiectiv criteriumnak a figyelembevétele a kártérítés tanának végső kifejlődése. Megjegyzendő, hogy a corpus iurisban a régibb iróknál ez a kifejezés: quanti ea res est, hol a verum rei pretiumot, hol az érdeket jelenti és ezért a forrásokat kellő óvatossággal kell olvasni.

Ma és a justinianusi jogban a szabály az, hogy ha B. A. irányában kártérítéssel tartozik, akkor per regulam, ha csak más ki nem mondatik, az egész érdeket tartozik megtériteni. Vannak kivételes esetek, hol nem az egész érdeket kell megtéritenie, hanem annál kevesebbet (többet nem lehet követelni). Ide tartozik a noxa, az actio de pauperie, operis novi nuntiatio. Ha fiam, rabszolgám, feleségem, barmom kárt okoz, a kárt meg kell térítenem, de ha az illető kártokozót átengedem, ez által menekülök. A facultas alternativa könnyít rajtam. De azért nem lehet azt mondani, hogy az érdektérítési kötelezettség korlátolva volna. Ellenben anyagi korlátolása van a felelősségnek az úgynevezett gazdagodási kereseteknél. Ezek oly esetek, mikor B. nekem nem az egész káromat, egész érdekemet köteles megtériteni, hanem csak azon összeg erejéig, a melylyel ő jelenleg az esetből kifolyólag gazdagodva van, illetve ha ez megint magasabb az én káromnál, ő csak a károm megtérítésére köteles. Ő tehát azt a legmagasabb összeget köteles megtériteni, a melyben még az én károm és az ő jelenleg még meglevő (nem az esetből kapott, hanem még meglevő) gazdagodása egymást fedik, a mennyivel az egyik a másiknál túlmegy, azt nem köteles megtériteni. A gazdagodás megtérítése tehát korlátolt faja a kártérítésnek.

Vannak, a kik azt a szabályt, hogy az egész interesse megtérítendő, modifikálják, mondván, hogy meg kell különböztetni a károsító ténynek az okait, mennyiben esik a károsító tény a másik fél terhére. Megkülönböztetik tehát, hogy culpa vagy dolus alapján történt-e a károsítás. Teljes interesse akkor térítendő meg e szerint, ha dolus folytán jött létre a kár, ha ellenben csak culpa, sőt csak culpa levis mutatható ki, kevesebb térítendő meg. Ez nem a fejlett justinianusi jognak az álláspontja, és nem az az új német polgári törvénykönyvnek sem. Már az osztrák polgári törvénykönyv tényleg igy intézkedik. Az egész kárnak (ausserordentlicher Werth) megtérítését csak culpa lata és dolus esetében rendeli, különben csak ordentlicher Werth, verum pretium, térítendő meg. Annyi igaz, hogy a justinianusi jog elvének alkalmazása a praxisban néha tűrhetetlen eredményekre vezet. Az egész kár, a melyet valaki szenved, néha a károknak végtelen lánczolata, a melyek egy oly cselekmény által idéztetnek elő, a melynek beszámithatósága arányban nem áll azzal a kárral, a melynek a megtérítését ez maga után vonja. Hogy én egy vigyázatlan cselekményemért egész vagyonomat kártérítésül adjam oda, az tűrhetetlen. Ezért az osztrák polgári törvénykönyv

egyensúlyba hozza az okot a kártérítési kötelezettséggel. A modern írók is keresnek correctivumokat, de ezeknek construálásában nem tudnak megegyezni. Windscheid szerint: nimia luxuria nem térítendők meg. Szerinte tehát, ha én ügyetlen mozdulattal sok ezer forintot érő porczellánt törtem össze, ezt nem kell megtérítenem. Ez valóságos visszavétele volna az előlegesen felállított elvnek, hogy nem az értéket, hanem az érdeket kell megtériteni. Helyesebbek a következő restrictiók: Az első voltaképen nem is restrictió. Ha A. ugyanazon esemény folytán, mely őt megkárosította, hasznot is kapott, akkor a differentia ezzel a haszonnal kisebb lesz. Ez az úgynevezett *compensatio damni cum lucro* voltaképen nem restrictio, nem a kártérítés restrictiója, mert hiszen maga a kár kisebb. Maga a kifejezés is tehát rossz, mert damnum és lucrum csak végeredményben van és akkor is csak az egyik van, compensatióról tehát nem lehet szó. Nem restrictio továbbá az úgynevezett *compensatio culparum* sem. Káromat az tartozik megtériteni, a ki okozta, de ha a kárt nem ő egyedül, hanem velem együtt okozta, akkor a római jog szerint ő mentesül egészen (tehát nem restrictiója, hanem megszüntetése a kártérítési kötelemnek). A modern jogok ily esetben különféleképen járnak el. Nálunk ilyenkor osztás áll be. Igazi és helyes korlátozása azonban a kártérítési kötelemnek az, melyet Mommsen állít fel „zur Lehre vom Interesse“ czimű művében, hogy csak azt az érdeket tartozunk megtériteni, melyet egy átlagos figyelmességű ember ebben a helyzetben előre láthat, ut providere potest. Ha az okozott kár oly nagy, hogy a károkozó a kár mérvét előre nem láthatta, nem lesz felelős.

112. §. Egyes fontosabb kötelmi tárgyak.

c) A kamatszolgáltatás.

Kamatnak azt az ellenszolgáltatást nevezzük, a melyet más tőkéjének használatáért adunk, illetve az ellenkező szempontból: az az ellenszolgáltatás, a mit valaki azért kap, hogy tőkéjét bizonyos időn keresztül nélkülözni kénytelen. Valamely dolog használatáért járó ellenszolgáltatás nemcsak kamat, hanem bér, haszonbér is lehet. *Kamat csak az az ellenszolgáltatás, mely bizonyos mennyiségű helyettesíthető dolognak a használatáért ugyanilyen helyettesíthető dolgokban, még pedig a használati idő arányában és a használatra adott helyettesítő dolgoknak bizonyos hányadában kifejezve jár.* Nemzetgazdasági értelemben minden jószág, a mely új gazdasági értéket produkál, tőke. Jogi értelemben a tőke egészen más. Tőke jogi értelemben a helyettesíthető dolgok bizonyos mennyisége, melynek használatáért nekünk ugyanilyen helyettesíthető dolgokat adnak használati egyenértékül. Ez a használati egyenérték a kamat fructus civilis, a mely mindig tőkehányad. A mit tőkének és ka-

matnak mondunk, nem absolut fogalmak, ezek csak functiók. Kamat azért, mert használati egyenértékül kaptam, de ha ugyanezt a kamatul adott dolgot ismét használatba adom valakinek ellenszolgáltatás fejében, ez a kamatdolog tőkévé lesz. Az tehát a dolognak nem benrejlő tulajdonsága, hogy tőke vagy kamat-e, az csak functio. Hogy helyettesíthető dolog, az absolut fogalom, hogy tőke vagy kamat-e, az csak szerepe a dolognak, ép úgy mint az, hogy az ember szülő-e vagy gyermek. A használatra adott helyettesíthető dolgok jelentésébe vett tőkének latin neve *soros* vagy *caput*, ezzel szemben a kamat *usurae* vagy *foenus*. (A foenus szónak más jelentése is van; jelenti néha a kölcsönügyletet, pl. foenus nauticum.)

A kamat tőkét, t. i. bizonyos mennyiségű helyettesíthető dolgot, tételez fel. A hol tőke nincs, nincs kamat sem. Ha valakinek évi járadékot hagyományozok, akkor bár ez helyettesíthető dolgokban van kifejezve, mégsem kamat, mert nem kaptam semmiféle tőkét használatra, a melyért ez az ellenszolgáltatás járna. Az, hogy a kamat voltaképen valamely tőke használatáért jár, nem egészen talál. Mert ha B. nekem bizonyos összeggel tartozik, de nem fizet, mert nincs meg néki, ő mégis köteles lesz nékem a tőkét a kamatokkal visszaadni, bár használatról nála nincs is szó. Ezért Windscheid úgy definiálja a kamatot, hogy a használat nélkülözéséért adott egyenérték. Csakhogy ezzel még nincs megindokolva, hogy mért kellett kamatot fizetni. Hogy ön kamatot fizessen, még nem elég, hogy én nem használhatom a dolgomat, hanem az is kell, hogy ön legyen ennek oka. Azután még bért is kell fizetni, ha nem is használom a dolgot. Az tehát, hogy néha használat nélkül is fizetünk kamatot, nem teszi szükségessé definitiónk megváltoztatását. A functio a fő: fizettetik a használat átengedéseért. Ennek híján nincs kamat. A házbérkrajczár tehát, bár %-ekben van kifejezve, nem kamat, mert nem a házbér használatáért, hanem a lakás használatáért jár, a lakás pedig nem tőke. A váltótörvény szerint kötelesek vagyunk fizetni a tőkét, a kamatot és $^1/_3$% váltódíjat. Ez a $^1/_3$% váltódíj nem kamat, mert ez nem használati, hanem pausál kártérítési díj és mert nincs arányban a használati idővel. Szükséges végül a kamat fogalmához, hogy a tőkének hányada legyen. Épen oly dologban adassék a használati díj, mint a mely dolgokból a tőke áll. Tehát búza használatáért kikötött pénz nem kamat, búza kamatja csak búza lehet.

A kamatszolgáltatás tényalapjai a következők: Főalap a felek jogügylete, még pedig leginkább szerződés, de lehet egyoldalú jogügylet, igéret, végrendeleti intézkedés is, szóval *jogügyleti kamat: usurae voluntariae.* A római jogban ilyen kamatot a tőkekövetelés mellett nem lehetett alaktalan pactummal, hanem csakis külön stipulatióval, usurarum stipulatióval, kikötni. Így különösen a legfontosabb ügylet mellett, melynél kamatokat szoktak kikötni, t. i. a kölcsön mellett. Ez összefüggött azzal, hogy a kölcsön obligatio

certi, már pedig a kamat az idővel változván, nem lehet certum. A későbbi törvényhozás már kivételesen megengedi, nem ugyan a pénzkölcsönnél, hanem a gabona- és más dolgok kölcsönzésénél a kamat alaktalan kikötését pactum adiectum formájában. Ma már a kamatot bármely formában ki lehet kötni. Az ügyleteken kivül a főalapjai a kamatszolgáltatásnak egy csomó tényállás, a mit úgy nevezünk, hogy törvényes kamatok. Ezeket nem lehet egy szempont alá fogni, bár egy néven *usurae necessariae*-nek hivják. Nevezik *törvényes kamatnak: usurae legitimae*-nek is, de ez nem helyes elnevezés, mert ezzel a törvény által megállapitott kamatlábat is jelöljük. Ilyen nem jogügyleti kamat pl. a késedelmi kamat, melyet a késedelmes adós tartozik fizetni, ilyen a perkamat, a mely a per kezdetétől fogva folyik, vagy ilyen pl. hogy a vevő attól a pillanattól kezdve, hogy az árút megkapta, nemcsak a vételárat, hanem kamatot is köteles fizetni. Kamatot tartozik fizetni az is, a ki idegen pénzt a maga javára felhasznál, a keresk. törv. értelmében kamatot tartozik fizetni a kereskedő a másiknak, ki érte kiadást tett, a kiadás pillanatától kezdve. Ugyanezen törvény 284. és 285. §-a is megállapit ilyen törvényes (t. i. nem jogügyleti) kamatot.

A római jogban a kamatok osztályozása még más szempontból is történik. Vannak kamatkövetelések, a melyek mindvégig csak accessoriumai a tőkekövetelésnek, a melyeknek önálló létezésük nincsen, a melyekkel minden tekintetben az a változás történik, a mely a főkövetelésen megy végbe. Ezeket egyedül nem, hanem csak a főköveteléssel együtt lehet engedményezni, csak azzal együtt évülnek el. Ezzel szemben vannak kamatok, a melyek önálló jogügyletek, engedmény stb. tárgyai lehetnek. Jelesül a jogügyleti kamatok önálló kamatok, az ú. n. törvényes kamatok pedig járulékosak. A jogügyleti kamatot tehát a tőkekövetelés nélkül perelhetem, külön engedményezhetem stb. Az önálló kamatokat a források úgy jelölik meg, hogy in obligatione sunt usurae, mig az accessoriusokat non sunt in obligatione; t. i. nem külön obligatio tárgyai. Különös és helytelen kifejezésmód. A források azt mondják, a törvényes kamatok officio iudicis praestant. Ez annyit jelent, hogy ha a birónak átadatik a formula, a melyben az van, hogy quid-quid dare, facera opportere *ex fide bona*, ebben már benne van a kamatkövetelés is. Külön kamatobligatio nincsen, nem kell, hogy a formulában külön kifejeztessék. Sőt ha a biró a formula alapján itéletet hozott a nélkül, hogy a kamatokat is megállapitotta volna, mert pl. a fél elfelejtette őket in iudicio felhozni, akkor a fél ezeket a kamatokat többé nem is perelheti. Nem így van az önálló obligatiójú kamatoknál. Ezek a szabályok a modern jogokban részben acceptálva vannak. Nálunk is a judicaturában áthatolt az az elv, hogy a kamatok per regulam önállóak. De már abban ingadozik a mi biróságunk, hogy mely esetekben nem érvényesithetők külön. A német polg. törvényk. szerint minden kamatkövetelés önálló.

Már most akár így, akár úgy keletkezik a kamat, az bizonyos magasságban szolgáltatandó. A kamat ugyanis mindig tőkehányad, t. i. magának a tőkének mennyiségileg arányos és minőségileg egyenlő része. A kamatnak a tőkéhez való mennyiségi viszonya a kamatláb. Beszéltünk szerződéses és törvényes kamatlábról, a melyet mi is úgy, mint a rómaiak, százalékokban fejezünk ki. Csakhogy míg mi az évet veszszük időegységül, addig a rómaiak a hónapot vették. A római 1% tehát ma 12%-nek felel meg. Ez az ú. n. centesimae usurae. Semisses usurae havi $^1/_2$, trientes usurae havi $^1/_3$%, vagyis ma 6, illetve 4%, besses usurae havi $^2/_3$, ma 8%. Ezt a kamatlábat vagy a törvény állapítja meg, törvény alatt itt jogszabályt, tehát a szokásjogszabályt is értve, és a római jogban, ha valamely jogszabály kamatot szab ki, megállapitja egyszersmind a kamatlábat is, pl. ki idegen pénzt a maga czéljaira használ, 12%-et fizet (ez különben a szokásos kamatláb), vagy pedig megállapítják a kamatlábat maguk a felek akár a tőke-, akár a külön kamatszerződésben. Ez utóbbira, az ú. n. szerződéses kamatlábra nézve, a római jog nem ismeri el a feltétlen szerződési szabadságot, hanem bizonyos maximumot állapit meg. (Ezt a maximumot is törvényes kamatnak nevezik.) Ezek a kamatmaximum-megállapítások már a 12 táblás törvényben kezdődnek. Ott a maximum a foenus unciarium, azaz a tőkének $^1/_{12}$-ed része, a mi 304 napos esztendőt számítva, Niebuhr szerint ma körülbelül 10% volna. A 12 táblás törvényt követte azután az ú. n. uzsoratörvényhozás, a mely a római törvényhozásnak a legelevenebb része. A Licinius Stolo-féle s más hasonló törvények az adósságokért felhalmozódott kamatokat eltörölték és kimondták a tartozási tőkéknek 3 részletben való törlesztését. 344 felé Kr. e. a törvényes kamat a 12 tábla által meghatározottnak felére redukálódott, a semunciarumra, mintegy 5%-re, sőt egy lex Genueia a kamatvételt teljesen eltörli, úgy látszik, nem nagy foganattal, mert a rómaiak ez előtt is, ez után is nagy uzsorások voltak. Cicero idejéből tudjuk, hogy a 12% a normalkamat, egyetlen kivételével a *foenus nauticum*-nak, a hajóskölcsönnek. Ez voltaképen hitelassecurantia volt. Mert t. i. a hitelező az egész tőkét koczkáztatta, szabadsága volt bármily magas kamatot kikötni. Justinianus a keresztény egyház befolyása alatt, a mely már a nicaeai zsinaton a clericusoknak a kamatvételt megtiltja, a törvényes kamatot az eddiginek felére szállítja le: dimidia pars centesimae usurae-re, 6%-re, kivételével a kereskedőknek, kik 8%-es és a magas uraknak, kik 4%-et szedhetnek. A foenus nauticum, vagy más néven pecunia traiecticia maximalis kamatlábát 12%-ben állapította meg.

Az uzsora- és a kamatmaximum-törvények története a középkoron keresztül nagyon érdekes. (Endemann irta ezt meg.) Nagyjában a keresztény egyház tanainak a terjedésével a kamatvétel tilalma általánosul, már Nagy Károly kapituláréi is kimondják. De

úgy látszik, sohasem volt általános foganatja, mert megszegésére újabb és újabb kerülőket kerestek. Ilyen kerülő volt pl. a járadékvétel, Rentenkauf. Az egyik a másiknak bizonyos tőkét adott át, a miért évenkinti járadékot, 5%-et kapott, csakhogy az alapösszeget, a tőkét, fel nem mondhatta, azt csak az adós, a járadékot adó mondhatta fel. Ezért nem volt kölcsön. Bár magában véve ez is kamatvétel, a kánonjog mégis elismerte. A reformatio felé mindinkább támadják a kamatvétel tilalmát, így különösen Kalvin, Bacon. Diadalra jut az e század elejéig fennállott elv, hogy a kamatvétel meg van engedve, csak a túlságos nagyot megtiltják. Mint kamatmaximum majd a járadékvételi 5%, majd a római 6% szerepel. A jelen században az ú. n. Manchesteri iskola keresztülvitte azt, hogy a jelen század második felében minden kereskedelmi szabadság útját álló szerződési korlátozást, mint haszontalant, practice keresztül nem vihetőt, eltörölték. Ez a 60-as, 70-es években győzelemre jutott és majdnem mindenütt keletkeztek törvények, a melyek a kamatvételi korlátozásokat megszüntették. Ez az irány nem sokáig tartotta magát, mert nyomában a leghatártalanabb uzsora járt. Ezért Poroszország nyomán Ausztria és ezután mi is (ez a rendes út) a reactio terére léptünk, kimondván, hogy 8%-nél magasabb kamat meg nem itélhető, nem exequálható. Ez az intézkedés, mint 1000 esztendők óta egy uzsoratörvény sem, nem mutatkozott hatályosnak, mert csomó kibúvót enged. Ezért ismét porosz-osztrák mintára mozgó individualis mérték szerint próbáljuk kiküszöbölni az uzsorát. A mi uzsoratörvényünk szerint nem kamatmaximum van megállapítva, mint a melynél magasabb kamat szedése uzsora, hanem individualiter méretik az, hogy uzsora van-e, vagy sem. Ha t. i. az egyik a másiknak tudatlanságával, könnyelműségével, megszorultságával visszaél, semmis az ügylet és büntető sanctio alá is esik. A porosz törvény ezt az árúuzsorára is kiterjeszti és ennek az iránynak a legújabb és legmerészebb kiterjesztése az, mely az új német polg. tkben foglaltatik. Ez úgy szól, hogy semmis az a jogügylet, bármily jogügylet tehát, nemcsak hitelezési és kamatvételi jogügylet, melynél az egyik fél a másiknak tudatlanságával stb. visszaélve, aránytalanul nagy ellenszolgáltatást köt ki magának. Szinte be sem látható, hogy ez az intézkedés a praxisban mit fog jelenteni. E szerint nemcsak a kölcsönbevevő fogja a kölcsönt megtámadhatni magas kamat miatt, hanem a kölcsönbeadó is túlságosan alacsony kamat miatt.

A római jog ennyire nem általánosított. Csak három intézkedése van, a mely a kamatuzsora ellen irányul. Az egyik a kamatmaximum. A maximumnál magasabb kamatok semmisek, a kamatkorlátozás tehát lex perfecta. A köztársaság elején és közepén még csak lex minus quam perfecta volt, a lex Marcia de usuris reddendis értelmében a magasabb kamatszedés nem volt semmis, de büntetésül a hitelező a törvényellenesen szedett kamat négyszeresét

tartozott megtériteni, a mire nézve az adós per nélkül manus iniectióval élhetett. A másik kamattilalom volt az, hogy a kamatok ultra duplum vagy a mint most mondjuk, ultra *alterum tantum* nem követelhetők. Ha valakinek 100 frtot adok bármily csekély kamat mellett is, ha a tartozás a 200 frtot eléri, a tőke többé kamatozni nem fog, a további kamatfizetés tőketörlesztés. Sőt nemcsak hogy a kamatok fel nem szaporodhatnak ultra alterum tantum, de egyenkint sem szabad többet elfogadni. Így vi legis a kamat redukálódik. Ez utóbbi merőben inpraktikus dolog, egyenesen az adós hátrányára van, mert a hitelezőt ez időpontban a kölcsön felmondására kényszeriti. Az pedig, hogy a kamatok oly nagyra halmozódjanak, nem praktikus, ez alig fordul elő. Ezért ma ez az egész tilalom ismeretlen. Pótolja az az intézkedés, hogy a kamat három év alatt elévül. Justinianusnak a kamatra vonatkozó harmadik intézkedése az *anatocismus tilalma,* hogy t. i. a kamat utáni kamatvétel tilos, még pedig tilos úgy az anatocismus coniunctus ú. n. kamatos kamat formájában (a tőkéhez a kamat hozzácsapódik), mint az anatocismus separatusképen (hogy t. i. a kamat külön tőkesittetik). Ez sem helyes intézkedés, mert kijátszható azzal, hogy lefizettetem a kamatot és rögtön mint új tőkét kölcsön adom.

113. §. Egyes fontosabb kötelmi tárgyak.

d) Birság és kötbér.

Úgy a birság mint a kötbér a büntetésnek általános fogalma alá esik. Már pedig, hogy mi a büntetés, az nem határozható meg a maga tárgya szerint, nem az tesz valamit büntetéssé, hogy mit szolgáltatok, hanem az teszi, miért szolgáltatom, miért, mi okból és mi czélból? Mi okból? Azért, mert valami kötelezettséget megszegtem. Mi czélra? Ez a kérdés már vitás, erre csomó elmélet van. Különösen két felelet az, a mit erre a kérdésre nézve ki kell emelnünk, a mely két felelet közül egymagában egyik sem teljesen igaz, de talán együttvéve helyesen oldják meg a kérdést. E szerint a czél egyrészt az, hogy a bántalmazottnak bizonyos satisfactiót adjon, másrészt az, hogy elriasztólag hasson. Ez a kettős czél talál a kötbér esetében is. Ha A. a maga kötelezettségét B.-vel szemben megszegi, akkor B., kinek érdekében ez a kötelezettség fennállott, érdekellenességet, hátrányt, kárt (nemcsak a vagyonit értve itt), a német philosophusok szerint Unlustot, szenved. Ha már most a kötelem megszegésének sanctiójaképen büntetést tűzünk ki, ennek egyik czélja satisfactio adása lesz, mintegy kártéritést ad a kötelezettséget szegő. A másik czél pedig elriasztás lesz, mert a ki tudja, hogy büntetést szenved érte, kötelezettségét nem fogja megszegni. Ez a kettős czél úgy a magánbüntetéseknél: birságnál, köt-

arrha convent. feltételes

 poen. — facultas altern.

bérnél, mint a közbüntetéseknél megtalálható, a különbség csak az, hogy míg az előbbi a magánérdeknek, addig utóbbi a közérdeknek sérelméért rovatik ki, és másodszor az, hogy míg a magánbüntetés csak vagyoni jellegű, addig a közbüntetés másra is megy.

Ilyen magánjogi büntetések különböző alapoknál fogva állanak fenn. Sok esetben maga a törvény fűzi ezt a birságot a jogellenességhez. A régi római jogban magánbüntetések állottak fenn számos delictum esetében, pl. az iniuria esetében. A mai jogban ezek a törvénynél fogva előálló magánbüntetések, birságok jóformán megszüntek. A mai nézet az, hogy birságot ex lege magánemberek zsebébe nem fizettetünk. Hogy ez helyes volna, nagyon is vitatható. Lépten-nyomon tapasztaljuk, hogy csekélyebb delictumoknál a közbüntetések helytelenek, sőt ártalmasak. Becsületsértésért (pofonért) a közfelfogású 5 frt közbüntetés nagyon csekély, másrészt ezért szabadságbüntetést kiróni, több kárt okozna, mint hasznot. Ez alól a szabadságbüntetés alól kis vétségeknél úgy akarnak segíteni, hogy első esetben feltételesen elengedik a büntetést. Ez megint azt jelenti, hogy az első sértettet megfosztják attól a satisfactiótól, a melyre neki épen olyan joga van, mint a másodsorban sértettnek. Ezzel vele szemben nagyobb jogtalanságot követnek el, mint a milyet elkerülnek a szabadságbüntetés elengedésével. Ebből kimászni csak úgy lehet, hogy visszaállítjuk a magánbüntetéseket. Mert közbüntetéssel sújtani az apróbb delictumokat — ágyúval lövöldözni a verebekre.

Ezeknél a törvényes magánbirságoknál fontosabb az ügyleti magánbirság, vagyis a kötbér esete. Ez abban áll, hogy ügylet, tehát első sorban szerződés által, de lehet végrendelet is, megállapíttatik, hogy ha az, kit valamely kötelezettség terhel, ezt a kötelezettséget megszegné, az annak a javára, a kinek javára ez a kötelezettség fennáll, bizonyos szolgáltatást fog teljesiteni. Bár egyoldalú igéret által is kiköthető, mi a továbbiakban a szerződésileg megállapított kötbérről, az ú. n. *arrha conventionalis*ról beszélünk. Ez feltételes kötelem. Valaki magát bizonyos szolgáltatás teljesitésére kötelezi az esetben, ha a főkötelezettséget nem teljesitené. Ez ma is előfordul, még pedig nemcsak expressis verbis, hanem hallgatólagosan is. Ha a villamosra felszállunk, a villamos vasúti társasággal kötött szerződésnek egyik pontja az, hogy kötelesek vagyunk a czédulát az egész úton megtartani, mert különben (ez a kötbér) köteles vagyok az egész összeget újból megfizetni. Nem a szállitási dijat fizetem ilyenkor, hanem a kötbért.

A kötbérnek többféle alakját lehet megkülönböztetni. Lehet vagy önálló kötelem, vagy accessorius jellegű. Önálló akkor, ha én csak erre a kötbérfizetésre kötelezem magamat arra az esetre, hogy bizonyos más szolgáltatást nem teljesiteném. Jogilag ilyenkor csak a kötbér teljesitésére kötelezem magamat, csak ez van in obligatione. A kötbérrel biztositott szolgáltatás ilyenkor csak in condicione van.

Így a fenti villamos vasúti jegy esetében. Én jogilag nem kötelezem magamat a czédula megőrzésére, erre beperelhető nem vagyok, kötelezve jogilag, beperelhetőleg csak a kötbérre, t. i. a szállítási díj újbóli lefizetésére vagyok kötelezve. A források szerint ilyen önálló kötbérnek typikus alakja a stipulatio formájában: nisi feceris, centum dare spondes ne? Az önálló kötbérnek nagy fontossága van. A régi jogban a kötelmek csakis pénz fizetésére mentek, csak a lex Calpurina hozza be a más certa resre menő kötelmeket (condictio triticaria), és még későbben ismerték csak el a facerere menő obligatiót. Ha már most a régi időben valaki mégis faceret akart magának teljesíttetni, erre obligatio nem volt lehetséges, ezt csakis in condicionem vehették, a pénzre menő kötbérszolgáltatás negativ feltételébe. Ma is, ha kétes, vajjon a biró nem vagyoni érdekű szolgáltatást jogi segélyre szorulónak és érdemesnek fog-e tartani, ezt a szolgáltatást, hogy az ne függjön a biró tetszésétől, kötbérrel fogjuk biztosítani, és kötelem helyett feltételbe tesszük. Persze a kötbért valamely obligationalis tilalom kijátszására felhasználni nem szabad, ezért azt, a mi az obligatio tárgyaként tiltva van, tilos bevenni a conditióba is. Ezért erkölcstelen vagy lehetetlen teljesítést kötbérrel sem szabad biztosítani. Nem is lehet, mert erkölcstelen vagy tilos feltétel az egész ügyletet semmissé teszi.

A kötbérszolgáltatásnak második főformája, a mikor az mint mellékszolgáltatás köteleztetik. Első sorban, még pedig jogi hatálylyal x. teljesítésére kötelezem magam, arra az esetre pedig, ha ezt a főkötelezettséget nem teljesíteném, a kötbérszolgáltatás teljesítésére kötelezem magam. Ennek forrásszerű formája: Spondesne x. facere, nisi feceris, centum dare? Ilyen esetben a kötbérre a következő nehéz kérdések merülnek fel. Első kérdés: Ha az adós a főkötelezettséget nem teljesíti, a hitelező csak a kötbért követelheti-e, vagy köteles először a főkövetelést érvényesíteni? Ez első sorban quaesio voluntatis, t. i. a felek akaratának értelmezése alapján döntendő el. In dubio a következő értelmezési szabályok állanak. Lehet, hogy a kötbért magának a teljesítésnek a biztosítására kötötték ki a felek, lehet hogy nem magának a teljesítésnek, hanem a teljesítés modalitásainak, helyének, idejének, minőségének a biztosítására. Ez utóbbi esetben világos, hogy a hitelező nemcsak a kötbért van jogosítva követelni, hanem jogosítva van első sorban magát a főszolgáltatást is követelni. Itt a kötbér kötelme cumulativ viszonyban van a szolgáltatáshoz, mind a kettő követelhető. Mikor pedig a kötbér magának a szolgáltatásnak, mint egésznek biztosítására van kikötve, akkor nem követelhető mind a kettő, hanem csak az egyik vagy a másik. Ilyenkor alternativ obligatio áll elő, melynek az a sajátsága, hogy választási joga benne a hitelezőnek van. Ez a szabály a concret esetben különböző eltérésekkel képzelhető. Mikor a hitelezőnek van választási joga és a kötbért választja, képzelhető az, hogy a felek intentiója az, hogy az adósnak szabad-

ságában legyen a főszolgáltatás teljesítése által szabadulni. Ilyenkor alternativ obligatióval van tehát dolgunk, csakhogy az adósnak facultas alternativája van.

Az accessorius kötbérnél felmerülő második kérdés az, hogy mikor a kötbér akár cumulative, akár alternative követelhető, ilyenkor kötbér fizetése által elesik-e a hitelező az érdektérités követeléstől, a kártéritési követeléstől. Magában véve a büntetés czéljából még nem folyik, hogy a hitelező a kártérítéstől elessék. Hanem in dubio fel kell tenni, hogy a hitelező, a ki a maga javára ilyen kötbért kikötött, a kárt nem e mellett, hanem csak e fölött fogja követelni. A kárt csak annyiban fogja követelni, a mennyiben az a kötbér összegét meghaladja. In dubio tehát a kötbérösszeg a kárösszegbe beszámitandó.

A kötbértől meg kell különböztetni a *bánatpénzt (arrha poenitentialis)*. Az adós magát x-nek a szolgáltatására kötelezi, de jogositva van (és nem kötelezve) y szolgáltatásával menekülni. Ez facultas alternativa. Adós jogositva van aliud pro alio teljesiteni. Ez azért nem kötbér, mert a kötbér vagy egyedül, vagy cumulative vagy alternative in obligatione van, a bánatpénz pedig nincs in obligatione, nem követelhető.

114. §. A kötelmek fajai az alanyok szempontjából.

Egyoldalú és kétoldalú kötelmek.

Minden obligatióban van legalább egy hitelező és egy adós, de lehet az obligatio tényállása az alanyok szempontjából tarkább is, a mikor is a következő képleteket nyerhetjük:

Egyszerű vagy egyoldalú obligatio, *obligatio unilateralis*, a hol az egyik csak hitelező és a másik csak adós. Ilyen pl. a stipulatio, a mai jogban a váltó. A régi kötelmek mind ilyenek. Az ú. n. condictio, t. i. az az actio, a mely a régi kötelmeknek megfelel, az mindig egyoldalú. Ilyen a nexum is és ilyen az ügyleteken kivül, az ex contractu kötelmeken kivül a condictio indebiti. A régi jogban azt nem ismerték, hogy a hitelező egyszersmind adós is lehessen, illetve az adós hitelező. Ezért, ha a régi rómaiak adásvételt akartak létesiteni, nem maradt más hátra, mint hogy két egyoldalú obligatiót kössenek. A B.-vel szemben stipulálta magának az árút, B. A.-val szemben a vételárat.

Az egyoldalú obligatióval szemben áll a kétoldalú kötelem *obligatio bilateralis*. Ez oly kötelmi viszony, a mely két követelést és két adósságot foglal magában, azt lehetne mondani tehát, hogy két obligatióból van összetéve. Mindegyik fél hitelező is, adós is. Ez a kétoldalú kötelmi viszony ismét kétféle lehet. Lehet először visszterhesen vagy tökéletesen vagy voltaképeni kétoldalú kötelem, ú. n. *synallagmatikus kötelem*. Ennek sajátsága az, hogy A. B.-vel

szemben valamire köteles, de csak annak ellenére, abból a czélból és abból az okból, mert ennek ellenében B. is kötelezi magát valamire. A két szolgáltatás egymásnak az ellenszolgáltatása. Ennek typikus esete az adásvétel, a locatio conductio, csere. Ennek a synallagmatikus obligatiónak ismét két alfaját kell megkülönböztetni. Az egymással szemben álló egymásért járó szolgáltatások lehetnek hasonneműek, így a cserénél (én adok B.-nek valami dolgot, ennek ellenében B. is ad nekem valami dolgot), a societásnál (én kötelezve vagyok a közös czélt megóvni, de csak annak ellenében, hogy a másik fél is ugyanerre köteles). Sőt ez nemcsak szerződéses viszonyokban van így, teszem a communio incidens esete. Lehetnek másodszor a synallagmatikus obligatióban egymással szemben álló kötelezettségek különneműek. Az adásvételnél az egyik árút, a másik pénzt, vételárat tartozik szolgáltatni, a bérszerződésnél az egyik dolgot, munkát vagy mű létesitését, a másik pénzt, bért tartozik átengedni. Az, hogy az egymásért járó szolgáltatások hason- vagy különneműek, a megfelelő actio nevében külső kifejezést is nyer. Hasonnemű ellenszolgáltatásnál az obligatióban álló mindkét félnek egyenlő nevű actiója van. A cserénél mindkettőnek actio praescriptis verbis, a societásnál mindkettőnek actio pro socio, a communiónál mindkettőnek actio communi dividundo. A hol pedig a szolgáltatások különböző neműek, ott az actiók is más-más nevűek. Adásvételnél: actio empti és actio venditi, a bérszerződésnél: actio locati és actio conducti.

A kétoldalú obligatio nemcsak synallagmatikus, visszterhes lehet, hanem lehet olyan is, hogy a két szolgáltatás, a mely abban az obligatióban foglaltatik, nem egymásnak az ellenértéke, az egyik nincs a másiktól feltételezve. Ha pl. én a dolgomat depositumba adom B.-hez, akkor ezen ténynél, ezen szerződésnél fogva, B. köteles nekem ezt a dolgot restituálni, én pedig köteles vagyok neki, a mennyiben erre a dologra kiadásai voltak, ezeket megtériteni. De az ő kiadásainak ez a megtérítése nem ellenszolgáltatás az ő kötelezettségeért, a megőrzésért és visszaadásért. Ha azt kérdezzük, hogy ő az ő kötelezettsége teljesitéseért mit kap, a válasz az, hogy semmit. Commodatummal én kötelezem magam a dolgomat B.-nél hagyni és a dologra tett esetleges kiadásait megtériteni, ő pedig köteles a dolgot visszaadni, mandatumnál B. köteles valamit végezni, én pedig kiadásait (de nem fáradságát) vagyok köteles megtériteni. A két egymással szemben álló szolgáltatások, mint látható, egymásnak nem ellenértékei. Ilyeneket az extracontractualis viszonyokban is találhatunk. Ilyen a gyámsági viszony, a negotiorum gestio. Mindezeket a kötelmeket lehetne kétoldalú terhes obligatióknak nevezni, de nem lehet nevezni visszterheseknek. Leghelyesebb *nem visszterhes kétoldalú obligatio* nevet adni nekik. Sokan a visszterheseket tökéletes kétoldalú kötelmeknek, a nem visszterheseket pedig tökéletleneknek hivják, obligatio bilateralis aequalis és inaequalis,

Windscheid a nem visszterhes kétoldalú kötelmeket egyoldalúaknak, Arndts esetlegesen kétoldalúaknak nevezi. Ez az ingadozás az elnevezésben régi. A mit mi visszterhes kétoldalúnak hivunk, azt nevezik synallagmatikusnak, hivják röviden bilateralisnak, reciproca-nak, dupplex, onerosa-nak. Az egyoldalú kötelmet nevezik unilateralisnak, a nem visszterhesen kétoldalút nevezik bilateralis inaequalisnak, sokan unilateralisnak, gratuitának, lucrativa-nak, simplexnek. Ezek az elnevezések nagyon megtévesztők. Ügylet, illetve a belőle származó kötelem sohasem lehet magában véve onerosa vagy lucrativa, az mindig onerosa vagy lucrativa valakinek a szempontjából. A kölcsön arra a ki adja, terhes, a ki kapja, lucrativa. Obligatióról mint absolute onerosáról vagy lucrativáról beszélni helytelen. Legfeljebb arról lehet beszélni, hogy vannak kötelmek, melyek mindkét félre onerosusok, és vannak olyanok, melyek csak egy félre azok. Olyanok, a melyek egy félre sem terhesek, olyanok nincsenek. Az hogy onerosa vagy lucrativa az obligatio, az nem is függ össze az obligatio kétoldalúságával. A mutuum egyoldalú obligatio, és mégis onerosa arra, a ki adja, lucrativa arra, a ki kapja. (A kölcsönbevevőre is lehet onerosa, ha t. i. a kölcsön kamatos. Ez persze csak ma onerosus, a rómaiaknál ilyenkor sem volt az, mert a kamat külön obligatio tárgya volt.) Nem jó tehát azonosítani a kétoldalú obligatiót az onerosával, az egyoldalút a lucrativával. Nem jó szóhasználat továbbá a visszterhes kétoldalú ügyletet röviden bilateralisnak nevezni, mert hiszen a nem visszterhes is kétoldalú. Windscheid és Arndts elnevezése a következő okoskodáson alapul. Szerintük az ú. n. obligatio bilateralis inaequalisnél voltaképen minden esetben csak egyoldalú obligatio áll elő, a depositumnál a megőrzés és visszaadás, a commodatumnál a visszaadás, a mandatumnál a megbizás teljesítése. Előfordulhat ugyan, hogy a másik félnek t. i. az adósnak, a fenti szolgáltatásokra kötelezettnek is lesz követelése, t. i. kiadásai megtérítésére, de ez nincs szükségképen így, nincs mindig. Ez az esetleg előálló követelés nem lényeges kriteriuma az obligatiónak. De ez az okoskodás az egyik általunk bár nem visszterhesnek, de kétoldalúnak vett kötelemnél meg nem áll. Windscheid szerint a commodatumnál csak az a kötelezettség állana elő, hogy a haszonkölcsönbevevő a dolgot visszaadja, a többi nem tartozik a commodatum lényegéhez. Ez azonban nem áll, mert igenis a commodatum lényegéhez tartozik, hogy én nála hagyjam a dolgot, tehát ha elveszem tőle, ő visszakövetelheti. Ha a locatio conductio reinél a dolognak ezt a nála hagyását lényeges kötelezettségnek mondjuk, annak kell mondanunk a commodatumnál is. Hogy a másik szolgáltatás is az illető obligatio lényegéhez tartozik, már kevésbé szembeötlő pl. a depositumnál, contractus pigneraticiusnál mandatumnál stb., de mégis úgy van, a miért is sem Arndts, sem Windscheid elnevezése el nem fogadható. Ezek a szerződések nemcsak esetlegesen kétoldalúak, hanem biztosan azok, csaknem vissz-

terhesek. Az ilyen nem visszterhes kétoldalú kötelmek már a per nyelvezetből is felismerhetők. Az actiók világában ugyanis ezeknek azok az actiók felelnek meg, melyek mint actiones directae és contrariae fordulnak elő, tehát depositi actio directa és contraria stb.

Az különben, hogy egy- és kétoldalú obligatiókról beszélünk, nem igen szerencsés, sőt zavaró megjelölés. Zavaró annyiban, hogy egy- és kétoldalú jogügyletről is beszélünk. Egyoldalú jogügylet, mely egy akaratnyilvánítást, kétoldalú jogügylet vagy szerződés, a mely két félnek egybehangzó akaratnyilvánítását tartalmazza. Minden szerződés tehát kétoldalú jogügylet és nincsen más kétoldalú jogügylet, mint szerződés. (Persze a római nyelv ezt különbözőképen nevezi: contractus, pactum, conventio, constitutum, lex stb.) Már most a szerint, a mint a szerződésből egy- vagy kétoldalú obligatio származik, a szerződés, tehát a kétoldalú jogügylet, megint lehet egy- vagy kétoldalú szerződés. A kétoldalú szerződés (kétoldalú jogügylet) megint lehet a belőle származó obligatio szerint visszterhes vagy nem visszterhes. (Az egyoldalú szerződésnél is lehet voltaképen visszterhes és nem visszterhes obligatióról, illetve szerződésről szó. Pl. ma a kamatos kölcsön visszterhes szerződés, mert a kamat ellenszolgáltatás a kölcsönadásért, a kamattalan kölcsön pedig nem visszterhes. Ily módon a visszterhesség is független a kétoldalúságtól.)

115. §. A kötelmek fajai az alanyok szempontjából.

Egyetemleges kötelmek.

A kétoldalú kötelmeknél is már több, t. i. 2 hitelezővel és több, t. i. 2 adóssal van dolgunk, de ott ez a minőség egy-egy személyben összpontosul és csak azért van két hitelező és két adós, mert A. is, B. is mindkét minőséget egyesíti magában. Voltaképen azonban csak két személy van a kötelemben. A továbbiakban oly kötelmekről van szó, a hol valóságban kettőnél több személy van, t. i. vagy a hitelező több, vagy az adós több, vagy mind a kettő. Az ilyen kötelmeket *egyetemleges kötelmek*-nek nevezzük. Vannak ehhez hasonló viszonyok, a melyek mégsem egyetemleges kötelmek, a melyeket tehát előbb ki kell zárni. Ilyen:

a) A részkötelem. Ha hárman együtt hozzám jönnek és azt mondják: adj 300 frtot kölcsön, itt egy actus történt ugyan, de azért kezdettől fogva nem egy kötelem jön létre, hanem három, mindegyikük részéről egy-egy 100 frtos kötelem, a mi egy, az a jogügylet. Itt hárman állanak ugyan velem szemben mint adósok, de ez azért nem egyetemlegesség, mert nem egy, hanem több kötelem van. Ez több kötelem, mely úgy származik, hogy egy jogügylet, egy tény alapján létrejött követelés rögtön részekre oszlott. Hasonló lesz az eset utólagos részekre oszlás esetében is.

B. tartozik 300 frttal, marad három örököse, akkor a nomina sunt ipso iure divisa elvénél fogva mindegyik 100 frttal fog tartozni, 3 kötelem lesz.

b) Nem egyetemleges kötelem az úgynevezett *többes vagy többszörös kötelem sem.* Többen ugyanazt egynek vagy egy ugyanazt többnek köteles szolgáltatni, úgy hogy annyiszor kell az egészet szolgáltatni, a hány részéről vagy a hány részére a kötelem fennáll. Itt sincs egy, hanem megfelelően több kötelem. Pl. az örökhagyó A., B. és C.-nek egyenként 300 frtos hagyományt rendel; ilyenkor az örököst három 300 frtos kötelem terheli. Különösen extracontractualis viszonyokban fordul ez elő. Valaki egy ténynyel több személy irányában delictumot követ el, pl. azt mondja valakinek, hogy fattyú. Ezzel iniuriat követ el a gyermeken, apján és anyján, és így mindhárommal szemben obligatio terheli. Három obligatio terheli, a mi egy megint nem az obligatio, hanem az azt előidéző tény. Ha hárman lopnak tőlem, mindhárman kártérítéssel és birsággal tartoznak. A kártérítést csak egyszer kapom meg, ez tehát nem többszörös, hanem valódi egyetemleges kötelem, de a birságot mindegyik tartozik megfizetni, tehát 3 obligatio áll fenn az én javamra. A többszörös kötelemnél tehát ép úgy, mint a részkötelemnél, vagy több hitelező vagy több adós van, de míg ott a teljesítés mindegyik felet csak a rész erejéig terheli vagy illeti meg, itt mindegyiket az egész teljesítés erejéig. Ha tehát A. fizet, B. és C. nem szabadul, hanem tovább is kötelezve marad. Míg tehát a részkötelemnél osztás, addig a többszörös kötelemnél szorzás történik, de mindig több kötelem van.

Ezektől megkülönböztetendő *az egyetemleges kötelem. Ennél vagy több hitelező van, vagy több adós, vagy mindkét félen többen vannak, mindegyik adós az egészszel tartozik és mindegyik hitelező az egészet követelheti, de teljesítés csak egyszer történik, a hitelező csak egyszer kap, de akkor az egészet, az adós csak egynek teljesít, de szintén az egészet.* Mindegyik az egészszel tartozik, illetve az egészet kapja, ennyiben nem részkötelem, de végeredményben csak egy teljesités történik, ennyiben nem többszörös kötelem. Ha nekem hárman egyetemlegesen tartoznak 300 frttal, akkor mindegyiktől nem 100-at, hanem 300-at kapok, de nem háromszor fogom ezt a 300 frtot kapni, hanem csak egyszer, ha tehát A. teljesít, B. és C. szabadul. Annak, hogy az adósok egyetemlegesek, kettős czélja van. Először kényelmesebb a hitelezőre nézve, mert azt fogja meg a három közül, a ki neki tetszik, másodszor biztosabb, mert ha az egyik nem tud fizetni, még mindig fordulhat a többi ellen. Annak, hogy több hitelező legyen, szintén két czélja van, kényelmesebb az adósnak, mert annak fizet, a melyiknek akar (de ha nem fizet, kényelmetlen, mert nem tudja, melyik fogja perelni, melyiknek kell majd fizetnie), és kényelmesebb a hitelezőnek, mert a képviseletet pótolja. Így volt pl. a

római jogban az *adstipulator*, stipulatióból eredő kötelemben egyetemleges hitelezőtárs.

A római jog az egyetemlegesség körén belül egy finomsággal élt, a mely által az egyetemleges obligatiónak két fajtája keletkezett. A klassikus római jogban ugyanis vannak oly egyetemleges obligatiók, a melyeknél az egyetemlegesség, a több hitelező, illetve több adós közti nexus szorosabb, másoknál lazább. A szorosabb egyetemleges obligatiók neve: *correalis* obligatiók, a lazábbak egyetemleges vagy *solidaris obligatiók* a szó szorosabb értelmében, röviden solidaris obligatiók. (Solidaris obligatio tágabb értelemben mind a kettő.) A correalis obligatio képe ez: Több hitelező vagy több adós, vagy több hitelező és több adós van érdekelve és arra a kérdésre, hány kötelem van, felelet az: csak egy. Ellenben a solidaris kötelemnél annyi obligatio van, a hány kötelezett vagy a hány jogosított fél van és ezt a több obligatiót csak a közös czél tartja össze. Ha a czél el van érve az egyiknek a teljesülése által, természetesen megszünik a többi obligatio is, mert egy czélt, egy eredményt csak egyszer lehet elérni. De fenmarad a többi obligatio, ha az egyiknél az eredmény elérése nem sikerült. Ez összehasonlítható a *concursus actionummal*. Több actiom van egy czélra, ha az egyikkel czélt nem értem, még mindig megindithatom a másikat; de ha az egyikkel czélomat elértem, eo ipso megszünik a többi is. Ugyanígy a solidaris kötelemnél. Ha az egyik obligatio teljesül, az egyik adós fizet, akkor a többi obligatio, mint czéljafogyott, megszünik, de ha bepereltem és mégsem fizet, még mindig fordulhatok a többi adós ellen. Az, hogy én az egyik adóst kiválasztottam a többi közül a teljesitésre, még nem szabadítja fel a többit, csak az, ha tényleg teljesít. A hitelezők oldalán: hogy a több hitelező közül az egyik követeli a teljesitést, még nem menti fel az adóst a többi hitelezővel szemben, hanem csak az, ha ennek az egyik hitelezőnek tényleg fizet. Másképp van a correalis kötelemnél. Ez az *alternativ obligatióhoz* hasonlitható. Az alternativ obligatio tudvalevőleg abban áll, hogy szolgáltatandó vagy x. vagy y., de mihelyt az arra jogosult x.-et választja, y. kikerül az obligatióból, tekintet nélkül arra, hogy x. azután tényleg szolgáltatik-e vagy sem. Így a correalis obligatiónál is. Az is *egy* obligatio, a melyben teljesíteni fog vagy A., vagy B., vagy C., illetve az adós teljesiteni fog vagy M.-nek, vagy N. nek, vagy O.-nak. In obligatione tehát alternative több hitelező, illetve több adós, illetve több hitelező és több adós van. (Fitting épen ezért a correalis obligatiót subiective alternativa obligatiónak nevezi szemben az obiective alternativ kötelemmel.) Ha már most az egyik hitelező, illetve az egyik adós kiválasztatik, akkor a többi adós, illetve az adós a többi hitelezővel szemben mentesül, még ha ez a kiválasztott adós aztán nem is teljesitene, illetve ez a kiválasztott hitelező a teljesítést nem is kapná meg. Tehát míg a solidaris obligatio csak a teljesítés által concentrálódik

egy adósra és egy hitelezőre, addig a correalis obligatio már az electio által. Ha már az electio megszünteti a correalitást, persze még inkább teszi azt a teljesités. Így vannak bizonyos factumok, a melyek a correalitást, mint a solidaritást megszüntetik. Ilyen mindenekelőtt a *solutio*, teljesitése annak, a mivel az adós tartozik, ilyen, a mi a solutióval egyenrangú (ha t. i. a hitelező önszántából vagy törvény rendeléséből fogva elfogadja), a *datio in solutum*, a köteles szolgáltatásnak mással való pótlása, ilyen továbbá, a mi ugyancsak egyenrangú a solutióval, a szolgáltatandó dolognak, ha azt a hitelező elfogadni vonakodik, birói vagy más módon való deponálása. Ilyen közös megszüntető tény továbbá a *compensatio*, az egyik adós és az egyik hitelező kölcsönös követeléseinek egymással való megszüntetése. Már a *novatio* nem olyan kétségtelen. Novatio az egyik kötelemnek egy másik helyébe lépő újjal való pótlása. Ha ez magában materialis kielégitést foglal, akkor kétségtelenül megszünteti az egyetemlegességet mindkét esetben.

Míg ezek a tények mindkét fajta egyetemlegességnél egyformán hatnak, addig vannak más tények, a melyek a correalis obligatiónál a többi felekre nézve megszüntetik, vagy megváltoztatják a kötelmet, ellenben a solidaris obligatiónál a többi felekre nézve nem hatnak ki. Ezek a tények a következők: *a*) *A litis contestatio.* Ez tudvalevőleg novatio necessariaként hat, az alperes többé nem az eredeti kötelezettséggel tartozik, hanem tartozik azon tények alapján, a melyek in iure in iudicium lettek deducálva. Az eddigi materialis jogviszony helyébe formális jogviszony lép, az eredeti obligatiót a litis contestatio consumálja. Minthogy pedig a correalis kötelemnél csak egy obligatio van, mihelyt ez bármely adós vagy bármely hitelező révén a litis contestatioig jutott, ez által consumálódik nemcsak arra az egy adósra, egy hitelezőre nézve, hanem consumálódik mindegyikre. Ha én A., B., C. correalis adóstársak közül perelem A.-t, akkor a litis contestatio consumálja az obligatiót nemcsak A.-ra, hanem B.-re és C.-re nézve is, és a consumált obligatio helyébe perobligatio lép, de már csak A. ellen. Ha most a per sikertelenül folyt A. ellen, B. és C. ellen többé fel nem léptetek. Ezt mondja a szabály, hogy a correalis kötelemnél litis contestatione, id est electione liberantur ceteri, non perceptione. Nem így a solidaris obligatiónál. Ez több obligatio lévén, a litis contestatio csak azzal az egy adóssal szemben fennálló obligatiót noválja, vagyis consumálja, a többi adóssal szemben fennálló kötelem ettől független és tovább is fenmarad. Ha tehát a fenti esetben A., B., C. nem correalis, hanem solidaris adóstársak, akkor ha A.-t sikertelenül pereltem, még mindig perelhetem B.-t is, C.-t is. Itt megint az áll, hogy non electione liberantur ceteri, sed perceptione.

b) A *culpa*, melyet a correalis adóstársak közül az egyik elkövet, módositólag hat az obligatióra. Minthogy pedig correalis obligatio esetén csak egy obligatio van, ha az obligatio az egyik

részéről megváltozott, megváltozik a többi részéről is. Nem így a solidaris kötelemnél. Ha a szolgáltatás az egyik adós culpája miatt lehetetlenül, ez a többiekre nézve casus és így ők teljesen menekülnek az obligatióból.

c) A keresetelévülés megszakítása a correalis obligatiónál tárgyilag hat, t. i. minden adóssal szemben hat. Ha én beperelem A.-t, akkor újból számitódik az elévülés, nemcsak A., hanem B. és C.-vel szemben is. Nem így a solidaris obligatiónál. Itt A. beperlése csak A.-val szemben szakitja meg az elévülést. B.- és C.-vel szemben az tovább folyik.

d) A mora, a késedelem szintén kötelemváltoztató tény, és tudvalevőleg kétféle: mora debitoris, ha az adós, és creditoris, ha a hitelező esik késedelembe. A mora debitoris még a correalis kötelemnél is csak személyileg hat, csak a megintett adós esik késedelembe, a többi nem, de obiective hat ki annyiban, hogy bármely hitelező intette is meg az adóst, az késedelembe nemcsak azzal az egy, hanem minden hitelezővel szemben esik. Már a mora creditoris a correalis obligatiónál úgy a hitelezők, mind az adósok szempontjából obiective hat, vagyis, ha az adós az egyik hitelezőnek a szolgáltatást felajánlotta és az a teljesitéshez szükséges közreműködést, teszem az átvételt megtagadta, nemcsak ő, hanem minden hitelező, és nemcsak ezzel az egy adóssal, hanem mindegyik adóssal szemben, esett késedelembe. A solidaris obligatiónál egyik mora sem hat ki obiective, a mora mindegyik faja csak azt az illető egy obligatiót, a késedelmes adós vagy a morosus hitelező kötelmét változtatja meg.

e) Mikor később a justinianusi jogban a litis contestatio hatásai megszüntek, a *res iudicata* nyert nagyobb fontosságot. Hatása az egyetemlegességre ugyanaz, mint volt a litis contestatióé. Obiective hat a correalis obligatióra, vagyis az egyik adós ellen hozott (akár felmentő, akár elmarasztaló) itélet által a többi adós, illetve az egyik hitelező perében hozott itélet által az adós a többi hitelezővel szemben mentesül, subiective a solidarisra, az itélet által nem, hanem csak az egyiknek teljesitése által mentesül a többi adós, illetve a többi hitelezőtől az adós.

f) Pactum de non petendo, alaktalan adósságelengedés, ha magát az obligatiót engedem el, pactum de non petendo in rem, obiective hat a correalis kötelemnél. Ha tehát az egyik correalis adósnak akár ilyen alaktalan pactum in remmel, akár *acceptilatióval* (a stipulatióból eredő kötelmet megszüntető formalis tény) elengedem a tartozást, erre a pactumra a többi adósok is hivatkozhatnak, ezzel az acceptilatióval ipso iure a többi adósok is menekülnek, illetve az egyik hitelezővel kötött pactum de non petendo in rem vagy acceptilatio az adóst a többi hitelezővel szemben is mentesiti (pactum esetén ope exceptionis, acceptilatio esetén ipso iure). Már a solidaris obligatiónál máskép áll a dolog. Minthogy ilyen pactum,

illetve acceptilatio nem nyujt materialis kielégitést, ezért csak subiective hat, csak arra az egy adósra, illetve egy hitelezőre vonatkozik, a többi adós nem mentesül, a többi hitelező tovább is követelheti a teljesitést. A pactum de non petendo különben a correalis kötelmeknél is csak subiective, csak az egyik adósra és hitelezőre hat, ha az nem pactum in rem, hanem de non petendo in personam.

g) A római *főeskü* in iure ugyanúgy hatott mint az itélet, eldöntötte a pert (ma már ilyen eskü nincs, ma csak feltétele a perdöntő itéletnek), hatásai tehát ugyanazok, mint az itéletnek. Obiective hatott a correalis, subiective a solidaris obligatiónál. A nem magára a tartozásra, hanem a vele kapcsolatos tényre letett eskü nem döntötte el a pert, itéletet nem tett fölöslegessé, és igy sem a correalis, sem a solidaris kötelemre nem volt semmi befolyással sem.

Vannak végül tények, a melyeknek hatása a solidaris és correalis kötelmeknél annyiban közös, hogy mindkettőnél csak subiective vagyis csak az illető egy félre hatnak, a többi félre nem.

Ilyen mint láttuk a *pactum de non petendo in personam*. Ilyen aztán a *confusio*, ha t. i. egy hitelező egy adósnak, vagy egy adós egy hitelezőnek örökösévé lesz, ez által csak ez az adós szabadul, de a többi adós tovább is tartozik, a többi hitelező tovább is követelhet. Subiective hat mind a két fajta egyetemlegességnél a *capitis deminutio* is és külön számitódik mindegyik félre nézve a *keresetelévülés*, az egyik adóssal szemben elévült követelés a másikkal szemben tovább is fennállhat (pl. mert később lépett be a kötelembe) és ugyanígy a hitelezők részén.

Ugyancsak subiective hat a *constitutum debiti* is, hogy t. i. az egyik adós elismeri a tartozást, a minek az a czélja, hogy most már nemcsak az alapkötelem, hanem a constitutum alapján is perelhetek, nemcsak az obligationalis keresettel, hanem az actio de pecunia constitutával is élhetek, vagyis concursus actionumot nyerek. De ezt az actio de pecunia constitutat csak ez ellen az egy adós ellen indithatom, a többi akár correalis, akár solidaris adós ellen csak az alapkötelemből folyó kereset áll rendelkezésemre. Illetve több hitelezőnél csak az az egy hitelező indithatja a de pecunia constitutat, a többi nem.

Mindezek a hatások, a melyeket itt felsoroltunk, logikusan folynak a correalis és solidaris obligatiónak adott képletéből, hogy t. i. a correalis obligatio *egy* obligatio több hitelezővel vagy több adóssal, a solidaris obligatio pedig *több*, egy czélra szolgáló obligatio egy-egy hitelezővel és adóssal. Ez a képlet azonban nem igaz. Ribbentrop nevű irótól származik, de már ő előtte Keller is kifejti ezt a tant. Azelőtt egységes solidaris obligatióról beszéltek, de hol azt találták a forrásokban, hogy egy tény ezt az obligatiót consumálja, hol meg azt, hogy nem. E zavart kikerülendő hozta be ez a két iró a solidaris obligatiónak felosztását két alfajra a fenti

képlet alapján. Ezt a tant acceptálta aztán Savigny és uralkodó ez még ma is. Ujabban azonban erős és eredményes támadásokat folytattak ellene, még pedig két irányban. Brinz szerint ez a distinctio nem áll, mert mind a két esetben una obligatio van. Chylarz, Mitteis, Dernburg, Hartmann szerint pedig mindkét esetben több obligatio van. (Vécsey a régi, Kajuch a Chylarz elméletét követi.) Az egész azonban csak constructio, mert lenni sem egy, sem több kötelem nincs. Lenni csak hitelezők és adósok vannak. Hogy a kötelem egy-e, vagy több, az csak oly vita, mint a középkori nominalisták és realisták vitái. A mit mi ki akarunk fejezni, az csak az, hogy mikor több egyetemleges adós vagy több hitelező van, akkor meg kell különböztetni, hogy ez több adós, illotve több hitelező egymással szorosabb és lazább kapcsolatban lehet. Maguk a források ép úgy támogatják a Brinz, mint a Chylarz nézetét, hol una obligatióról, hol plures obligationesről beszélnek.

Az egyetemlegesség hatásai befelé. Az eddigiekben azt néztük, milyen az egyetemleges hitelezők viszonya az adóshoz vagy adósokhoz, az egyetemleges adósoké a hitelezővel vagy hitelezőkkel szemben. A továbbiakban azt nézzük, hogy milyen az adósok viszonya egymáshoz, milyen a hitelezőké? Az adósok viszonya máskép alakul a correalis, máskép a solidaris kötelemnél. Ha az egyik adós teljesít, akkor a solidaris obligatiónál regressussal élhet adóstársai ellen, azaz, hacsak előre az ellenkezőt ki nem kötötték, mindegyik adós teljesitő társának a rá eső részt megtériteni tartozik. Ha pl. házamat három biztosító-társaságnál (az egyik a másikról nem tud) biztositom, akkor ez a három társaság solidaris adós. Ha most házam leég és az egyik biztosító-társaság káromat megfizette, római jog szerint regressusa van a másik két társaság ellen. Kivétel a solidaris obligatiónál csak ott van, a hol a solidaritas ex delicto keletkezett. Pl. hárman loptak meg engem. Akkor, ha az egyik kifizeti a káromat (a kártérités ilyenkor solidaris, a birság többszörös követelem), ő a másik kettőtől a rájuk eső részt nem követelheti, mert gazemberek közt a szabály az, hogy melior est condicio possidentis (per nyelvén, a solidaris adóstárs exceptio dolival visszaverheti az ő actióját, még ha az actio doli is volna). Kérdés már most, hogy a solidaris obligatiónál milyen keresettel veszi meg a teljesitő adós a többi adóson a rájuk eső részt? A római jog megadja a solidaris adósnak a *beneficium cedendarum actionum*-ot, a hitelező, a ki a teljesitést felvette, köteles a teljesitő adósnak a követelést ennek költségeire engedményezni. A teljesitő adós ezt a cedált actiót aztán bármelyik társa ellen megindithatja, levonásával a rá eső résznek. Tehát három adós esetében a 3000 frtos követelést lefizetett adós, akármelyik társától behajthat 2000 frtot, tehát nem köteles mindegyik társat a megfelelő rész erejéig perelni, ő fordulhat egy ellen egész követelésével, ennek az egynek aztán ő cedálja az actiót stb. Ezt

acceptálta a német polgári törvénykönyv is. A későbbi justinianusi jog nemcsak kötelezi a teljesítést felvevő hitelezőt actiója cedálására, hanem a cessiónak ipso facto helyt ad. A fizető adóst minden cessio nélkül megilleti az actio, persze csak utiliter, mert az ügyleti cessionarius is csak így élhet vele. Különben ha nem is volna sem ipso facto, sem necessaria cessio alapján actio átszállás, vagyis ha a fizető adós nem is élhetne az eredeti actióval utiliter, még mindig megindíthatná az actio negotiorum gestorum contrariat adóstársai ellen.

Más a szabály a correalis obligationál. Ott abból a tényből, hogy az egyik adós teljesített, a többiekre nézve semmi sem következik. Itt regressusnak csak akkor van helye, ha az az adósok közt fennálló valami külön alapból folyik. Pl. ha ők egymással societasban vannak, akkor a fizető adós a többi ellen actio pro socióval élhet a rész erejéig. Ha a fizető adós csak azért vállalta ezt az adósságot, mert a másik erre felkérte (ú. n. intercessio), ezzel megbízta, akkor ő ellene actio mandati contrariával léphet fel az egész erejeig. Vagy ha felkérés nélkül tette, actio negotiorum gestorum contrariát indithat társa ellen. Ellenben, ha a felkérő teljesítette a kötelmet, neki a másik ellen regressusa nincs. És igy tovább, de maga a teljesités ténye nem alap a regressusra.

Ugyanez a szabály a hitelezők egymásközti viszonyára. A hitelezőtől, ki a teljesítést felvette, társai actio negotiorum directával kaphatják meg részüket. Ellenben a correalis obligatiónál általános szabály nincs, az a correalis hitelezők közti viszonytól függ, societas esetén megfelelő részt, adstipulatio esetén, ha t. i. az adstipulator vette fel a teljesítést, a stipulator az egészet fogja a teljesítést felvett hitelezőtől elperelhetni.

Az egyetemlegesség keletkeztető tényei. A római jogban az egyetemlegesség nem vélelmeztetik, annak vagy ügylet által vagy más módon kikötve kell lennie. A correalis obligatiók leggyakoribb tényalapja *a szerződés*, a mely a klassikus római jogban stipulatio formájában megy végbe. Már a későbbi római jogban a felek a correalitást pactum adiectum formájában is kiköthetik. A stipulatio formájában kikötött correalitás esetében a conditio ex stipulatuval kellett élni, holott a pactum adiectum esetében, mint minden pactum adiectumnál az alapügyletnek megfelelő keresetet alkalmazhatták. Ha hárman vesznek valamit és a correalitást pactum adiectum formájában köti ki az eladó, akkor az adásvétel alapján, tehát actio venditivel perelheti bármelyikeket. Létrejöhet a correalitas *végrendelet* által is, ha t. i. az örökhagyó az örökösöket arra kötelezi, hogy egyetemlegesen szolgáltassanak valamit a legatariusnak. Kevésbbé fontos esete a correalitas keletkezésének a birói adiudicatio, a biró a dolgot A., B. és C. közt úgy oszthatja fel, hogy odaadja A-nak, de kötelezi, hogy B. és C-nek correaliter ennyit meg ennyit adjon. (Ez activ correalitas, t. i. a hitelezők

correusok.) Végül *ex lege* is keletkezhetik a correalitas, pl. többen rendelnek egy institort.

Míg a correalitas főesete a szerződés, addig a solidaritásé a *delictum*. A delictum azért szül solidaritást, mert ha hárman követik is el, mindegyik nem $^1/_3$, hanem egész gazember. Hasonló az eset, ha nincs is delictum, hanem contractualis viszonyban állók *culposusan* okoznak kárt, pl. hárman bérlik a szobámat (még ha egyetemlegesség kimondása nélkül is) és rongálnak valamit, az így okozott kárért solidarisan felelősek, persze, a ki magát exculpálja, az menekül. (A culpa, ha contractualis viszonyban követtetik el, nem delictum, csak extracontractualisban az.) Létrejön a solidaritas *jogügylet*, különösen szerződés alapján is, a mikor ugyanis többen egymástól függetlenül vállalnak el egy szolgáltatást, pl. a fenti biztositó-társasági példa. Megjegyzendő, ha többen egy szerződésben, tehát nem egymástól függetlenül vállalják el a kötelmet, nem solidaritas, hanem correalitas keletkezik. A solidaritas példája a váltóforgatók kötelezettsége is. Már az activ solidaritásra, a hol t. i. több hitelező van, nehezebb példát találni, sokan ennek létezését tagadják is. Helytelenül, mert pl. az igért hozományt a férj is, a nő is követelheti, aztán szólhat egy czélra a legatum liberationis és debiti is, a mikor nemcsak a hitelező, hanem az adós is perelhet.

Vannak esetek, a melyek nagyon közel állanak az egyetemlegességhez, de a melyek még sem az, más szabályok állnak rájuk. Ilyen *a)* a *kezesség*. Több kezes közt valódi correalitas van, mert bármelyiktől követelhetem a teljesítést és a litis contestatio mindannyiukat felszabaditja, nincs azonban correalitas a főadós és a kezes közt, mert ezek nem coordinált adósok, a kezes obligatiója csak subsidiaria. Ha a kezes culpát követ el, ezért a főadós nem felel, mert rá nézve a harmadik személy cselekvénye casus, fordítva igen, a kezes tehet exceptiót az adós személyéből, de fordítva ismét nem. *b)* Az *actiones adiecticiae qualitatis* esetében szintén correalitas van a filius és a pater, az exercitor és a magister navis közt, de míg a fiú az egész kárért felel, addig az apa az actio de peculio esetében csak peculio tenus, aztán míg az adiecticia actio temporalis actio, addig a filius ellen menő perpetua is lehet. *c)* Nem egyetemlegesség továbbá a *kötelem oszthatatlanságából* eredő az a helyzet, hogy az egyik hitelező az egészet kapja, illetőleg az egyik adós az egészet teljesíti. Erről a kötelem oszthatatlanságánál már volt szó. Ott láttuk, hogy több hitelező esetén nem áll elő egyetemlegesség, és így, ha az adós az egyiknek teljesitett, még nem mentesül a többitől és ezért teljesités előtt kellő cautiót, biztositékot fog követelni a teljesitést felvevő hitelezőtől, hogy a többi hitelező ellene fellépni nem fog. Már ha több az adós, valóságos solidaritás jön létre.

Az egyetemlegesség átalakulása. Már Hadrianus behozta a *beneficium divisionist*. Ha többen vannak kezestársak és a hitelező az

egyiket perli, akkor ez azt követelheti, hogy a hitelező a követelést feloszsza, és tőle csak a reá eső részt követelje. Ez a beneficium divisionis valójában megtagadása az egész egyetemlegességnek. Az egyetemlegességből részkötelmek lesznek, azzal a különbséggel, hogy az igazi részkötelmeknél a felosztás ipso iure történik, holott itt ope exceptionis. Ezt a magában véve is hibás intézményt Iustinianus még jobban kiterjeszti és általánossá teszi. Nála a követelés felosztása már nem történik excipiendo, hanem a biró hivatalból perbe idézi a többieket is, nemcsak a perbefogottat és őket egyenként csak pro parte marasztalja el. Ezt az intézkedését a hirhedt 99. novella tartalmazza. Hogy ezt Iustinianus minden egyetemleges adósságra hozta-e be, és ha nem mindegyikre, melyekre nem volt alkalmazható — erre a legkülönbözőbb magyarázatok vannak. Annyi valószinű, hogy a delictumokból eredő solidaritásra nem vonatkozott. A praxis hol igen szélesen kiterjesztette, annyira, hogy sokan azt tartották a pandektajog területén, hogy ez a 99. novella minden solidaris és correalis obligatióra áll, hol pedig egészen megtagadták ennek a novellának a receptióját pl. a német Reichsgericht. E megtagadással eminens praktikus szükségnek tettek eleget. Ezért ott is, a hol a 99. novellát elismerték, ennek hatását mitigálni igyekeztek azzal, hogy kimondták azt, hogy az adósok, a kik erről a beneficiumról lemondanak, nem hivatkozhatnak rá. Az újabb codexek nem is vették át a beneficium divisionist, sőt a német kereskedelmi törvény szemben az ellenkezőköztörvényi praxissal egyenesen ki is zárja. Ezt a kizáró intézkedést persze a mi kereskedelmi törvényünk is átvette, holott itt semmi értelme, mert hiszen nálunk beneficium divisionis sohasem volt. A mi a kereskedelmi törvényünknek egy másik az egyetemlegességre vonatkozó és a római joggal egyenesen ellentétes intézkedése az, hogy az egyetemlegességet praesumptio iuris erejével kimondja. Ezt az elvet újabban minden polgári forgalomra általánositja a német polgári törvénykönyv. Hogy ez helyes-e, kérdés. Ez különben összefügg azzal, hogy ma az egyetemlegességet a solidaritas vagy a correalitas mintájára szabályozzuk-e? Mert ha az egyetemlegességet a solidaritas mintájára állítjuk fel, akkor ez a praesumptio nem veszélyes, de ha, mint a Code civil teszi, a correalitas képére szabályozzuk, akkor nagyon is veszélyes.

Iustinianusnak az egyetemlegességre vonatkozó második intézkedése (l. 28. §. 2. Cod. 8, 40), hogy ha az egyik hitelező az egyik adóst beperli, akkor tisztán a beperlés, a litis contestatio által a többi adós nem szabadul még a correalis kötelemnél sem, ő megszünteti a litis contestatiónak consumáló hatását. Ez nagyon helyes intézkedés. Ennek nyomán azonban felvetődik a kérdés, van-e még különbség Iustinianusnál solidaris és correalis kötelem közt? Felelet: igenis van a litis contestatiót kivéve minden egyébben, tehát első sorban a res iudicatában.

Az újabb törvények csak egy fajta egyetemlegességet állitanak fel, és ezért az ú. n. practicusok és törvényhozók a római jognak e distinctióját valami különösnek, mystikusnak találják. Pedig ez a különbség a kétféle egyetemlegesség közt mindenütt útat tör magának. A Code Napoleon az egyetemlegességet egységesen szabályozza, még pedig a correalitas képére, a franczia praxis mégis különböző solidaritásról beszél: solidarité imperfait és sol. vraieról, a mi körülbelül a római különbségnek felel meg. Ép így van ez a német polg. törvénykönyvnél, így az osztrákban, így a porosz Landrechtben. A ném. polg. törvénykönyv első Lesungjának 325. §-a a solidaritást állitja fel. De csakhamar belátták ennek tarthatatlanságát, mert pl. az egyik, még pedig a legkevésbbé jó adós szándékosan tönkre teszi a dolgot, ez által a többi adós, mint a kikre nézve ez casus, menekülne. Ezért a végleges törvénykönyv azt mondja, hogy a culpa és res iudicata ki nem hat, a hol más nincs, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnisse etwas Anderes ergibt. Ezt pedig a birónak kell kitudnia, a mi a törvényhozó capitulatiója. Az újabb törvényhozások tehát, így a svájczi is, egyféle egyetemlegességet állítanak fel, de a biróra bizzák, hogy másfajta egyetemlegességet is elismerjen.

116. §. A kötelmek fajai a védelem szempontjából.

A kötelem védelme voltaképen a kötelem tartalmáról szóló fejezetbe tartozik, mert a kötelem nagyobb vagy kisebb kényszerítő ereje hozza a nagyobb vagy kisebb védelmet. E szempontból a kötelem erősebb vagy gyengébb, a szerint, a mint az állam erősebb vagy gyengébb védelemben részesiti, vagyis az állam az ő kényszereszközeit kisebb vagy nagyobb mérvben bocsátja rendelkezésemre. Legerősebb az a kötelem, a melynek közvetlen kikényszerítésére az állam kereseti jogot, actiót ad. Ez a normalis kötelem. Ennél már gyengébb az az obligatio, a hol van ugyan eszköz a kikényszerítésre, de ez a kikényszerités nem közvetlenül, hanem csak közvetve történik. Kerülő úton kikényszerithető kötelemnek lehetne nevezni. A skála legalsó fokán pedig az a kötelem áll, a mely semmiképen sem kényszeríthető ki, a kötelemnek államilag elismert volta csak abban mutatkozik, hogy az adós jó szántából történő teljesítés solutio és nem ad indebitumot. A tankönyvek e fejezetben *obligatio civilist* és *naturalist* állítanak egymással szemben, de ez a terminologia nem megbizható, mert a közvetve kikényszeríthető kötelmet majd a közvetlenül kikényszerítőhöz csapják, vagyis az obligatio civilis neve alá veszik, vagy pedig a kikényszerithetetlen, az ú. n. naturalis obligatióhoz sorozzák. Helyesebb két faj helyett a kötelmeknek három csoportjáról beszélni.

1. *Közvetlenül kikényszeríthető kötelem, obligatio civilis.* Ez oly kötelem, a melynél, ha az adós nem teljesít, közvetlenül élhetek

ellene jogorvoslattal, tehát első sorban keresettel. A kinek pedig keresete van, annak természetesen exceptiója is van. A különbség az actio és exceptio között az, a mi a támadás és a védelem között. Az actio közvetlenül marasztalást, az exceptio elutasítást kér. Ma nemcsak exceptióval élhet az alperes kötelme érvényesítésére, hanem visszkeresettel is.

Az obligatiókból folyó keresetek actiones in personam, vagyis csak az adós ellen indithatók. Ma azonban harmadik személyek ellen is élhetek keresettel, hogy ezek azt érdeket, melynek védelmére az actióm van, meg ne hiúsitsák. Pl. a bérletnél a bérbevevő csak a bérbeadóval van kötelmi viszonyban, de azért más háborító ellen is van a bérleti jog alapján, de nem annak folyományaképen actio iniuriaruma. Ezzel azonban a bérleti jog nem válik absoluttá, az csak akkor volna, ha a bérleti jogból folyó actio conductit indíthatná bármely harmadik ellen. Minden esetre kihat az obligatio harmadik személyekre is és így a kötelmek és az absolut jogok közti különbség cum grano salis veendő.

2. *Közvetve kikényszeríthető kötelem.* Érdekes kategoria. Adósomtól követelhetem a teljesitést, az x-et, de erre a jogrend actiót nem ad, hanem csak kifogást. Ez oly eszköz, a mely nem közvetlenül az x elérésére irányul, hanem y-ra, t. i. az ő ellenem indított keresete elutasitására, a mi alól csak x-nek teljesitésével menekül. Üti tehát a zsákot, de éri a szamarat. Ha a postán bélyegtelen levelem érkezik, nekem a posta irányában 10 kr. szolgáltatására kötelmem támad. Ennek a teljesitésére engem a posta be nem perelhet, actiója nincs, de van exceptiója. Ha t. i. én kérném a levelet, azzal üthet vissza, hogy ki nem adja addig, mig a 10 krt le nem fizetem. A maga követelését exceptióval hajtja be. Annak pedig, hogy a jog ilyenkor csak kerülő utat ad, igenis van czélja, mert különben valaki tönkre tehetne azzal, hogy folyton bélyegtelen leveleket küldene, a miket be kellene váltanom. A mikor nem én vállaltam az obligatiót, ha az rajtam kivül fekvő okokból keletkezett, akkor már a méltányosság is magával hozza, hogy ez az obligatio engem csak feltételesen kössön. Innen van, hogy noxa esetén a kárttevőnek kiadásával mentesülök a kártérítés alól, igy a cautio damni infecti esetén a dülőfélben lévő épület átengedésével szabadulok az esetleg keletkező kár megtéritése alól és igy tovább.

A közvetve kikényszeríthető obligatióknak talán legfontosabb esete az impensáké. Ha én idegen dolgon, a melyet akár jó, akár rosszhiszemüleg birtokolok, javításokat eszközlök, fentartására költök, szóval kiadásokat teszek, akkor a tulajdonos velem szemben ezeknek megtéritésére ex lege kötelezve van. De minthogy ezeket nem contemplatione sua tettem, azaz nem azon czélzattal, hogy számára tegyek valamit, hogy őt kötelezzem, actiom e követelésem érvényesitésére nincs, hanem csak exceptiom. (Ha contemplatione sua tettem a kiadásokat, actio negotiorum gestorum contrariával követelhetem.)

Ide tartozik továbbá a collatio esete is. Nem követelhetem attól, a ki az örökhagyótól még annak életében valamit kapott, hogy azt az örökséghez hozzáadja, a hagyatéknak visszaadja, de ha ő is örökrészt követel, vagyis actióval lép fel, akkor exceptióval fogok élhetni, hogy tessék előbb a kapottat a közös cassába conferálni, majd csak akkor osztozkodunk.

Mindezekben az esetekben, a mikor tehát visszatartom azt, a mi neked jár, a míg meg nem adod, a mi nekem jár (retentio), csak akkor fogok czélt érni, ha a felperes követelése többet ér, mint az enyém, ha a ház többet ér, mint a mennyi kiadást meg kellene térítenie, ha az örökségből nagyobb rész jut rá, mint a mennyit conferálnia kell. Nem így a compensatio és visszkereset keretében, a mikor az én követelésemet biztosan megkapom.

A közvetetlen kikényszerített kötelmek közé lehet sorozni azt az esetet is, a mikor nem exceptióm, de actióm van, a melylyel czélomat elérem, csakhogy ez az actio nem közvetlenül az én érdekem védelmére van szánva. Így a fenti példa: a római jog szerint a bérlőnek nincsen sommás visszahelyezési keresete, de élhet actio injuriarummal a háborgató ellen.

3. *Ki nem kényszeríthető kötelem, naturalis obligatio.* Ennek kikényszerítésére a jog semmiféle eszközt sem ad, de ha az adós mégis teljesít, ezzel nem ajándékoz, nem indebitumot ad, hanem csak kötelességét teljesíti. Teljesítésre nem kényszeríthető, de ha mégis teljesít, vissza nem követelheti. Mi a czélja ennek, hogy ilyen obligatiók vannak. Jhering feleletül következő képlettel él: A kávésibrik néha repedt, mégis használjuk, de azért senki sem fog repedt ibriket csináltatni. Ilyen repedt ibrik a naturalis obligatio, a jog nem fabrikál ilyet, de ha előtalálja, hát elismeri. A jog nem mondja, hogy borravalót adni kell, de minthogy az életben így találja a helyzetet, hogy borravalót igenis adnak, hát elismeri és sanctionálja azzal, hogy az adott borravalót sem indebiti solutio, sem hálátlanság czimén visszakövetelni nem lehet.

A naturalis obligatio ki nem kényszeríthető, de azért a jog által mégis kötelemnek van elismerve. Ennek az elismerésnek kriteriuma az, hogy a jog a teljesítést itt is solutiónak tekinti, még pedig debiti solutiónak, nem ajándékozásnak. Tehát sem az ajándékozás, sem a condictio indebiti szabályai nem alkalmazhatók. Ha tehát az adós, abban a hitben, hogy kikényszeríthető, teljes obligatiót teljesít, eleget tesz a naturalis obligatiónak, nem léphet fel condictio indebitivel azon a czimen, hogy nem tartozott vele. Ezeknek a naturalis obligatióknak a hatása tehát abban van, hogy a jog szabad kezet enged a teljesítésre, nem kényszerít, de ha a teljesítés egyszer megtörtént, a visszakövetelésnek útját állja. Szabad kezet enged a teljesítésre és a mi ezzel egyenrangú, tehát az elismerésre constitutum debiti propriire, vagyis az adós

elismerheti a naturalis obligatiót, a minek következménye azután az, hogy a hitelező bár a naturalis obligatio alapján nem perelhet, mégis keresetet nyer az elismerés alapján, lesz actio de pecunia constitutája. Végezhet továbbá az adós novatiót, mert ez sem más, mint a régi kötelemnek újabb, erősebb, mert perelhető formában való elismerése, végezhet delegatiót, expromissiót stb. Megerősithető továbbá a naturalis kötelem harmadik személy részéről is, pl. valaki kezességet vállal akár fideiussio, akár constitutum debiti alieni alakjában. Megerősíthető továbbá a naturalis kötelem önkéntes zálogbaadás által, akár az adós, akár más adja. Mindezek, ha önként történnek, érvényesek és vagy kielégítést vagy perlési alapot adnak. A naturalis obligatio becsületbeli tartozás. A jog nem kényszerít a becsületbeli tartozás elismerésére, de ha ez az elismerés megtörtént, akkor becstelenség volna visszavenni, erre pedig a jog segédkezet nem nyujthat. A források az ilyen obligatio elismerését úgy hivják, hogy fideliter fecit, fidem implevit. Minden modern jog is tekintettel kell hogy legyen ezekre a naturalis obligatiókra. A legújabb codex, a német polg. tk. is nagy mértékben elismeri.

A naturalis obligatio teljesítése érvényes solutio, már pedig quod solutum est, repeti non potest. A hitelező, a ki a solutiót megkapta, retentio solutivel élhet még akkor is, ha az adós azon tudatban fizetett, hogy civilis obligatiót teljesített. Ha pl. elévült adósságot fizetek, ez érvényes fizetés, bár a teljesitésre perelhető már nem voltam. Annak pedig, hogy az elévült kötelem csak naturalis obligatio, a ratiója az, hogy a bizonyitó apparatus annál nehezebb lévén, mentől régibb a követelés, az állam a maga apparatusát megvonja a hitelezőtől, ha a munka, a melyet a követelés az állam gépezetének okoz, nagyobb, mint a mennyit maga a követelés megér. De ha a maga apparatusát meg is vonja, a jogot nem tekinti megszüntnek, azért mégis piszkosság az adóstól, ha nem fizet, tudván, hogy már be nem perelhető. Ha tisztességes ember, mégis fizetni fog, és ezt a fizetést a jog helybenhagyja. Ha pedig nem tisztességből, hanem tévedésből fizet, akkor a jog ezt is érvényesnek veszi és a visszakövetelésre nem bocsátja rendelkezésére a maga apparatusát, egyrészt mert ez erkölcstelen volna, másrészt, mert az előbb az alapkövetelésre sem hozta mozgásba. Az ilyen elévült kötelem záloggal is biztosítható, még pedig nemcsak úgy, hogy az adós vagy egy harmadik a már mint naturalis obligatio biztosítására adja a zálogot, hanem úgy is, hogy az előbb civilis obligatio biztositására adott zálog fenmarad még akkor is, ha az obligatio később elévülés folytán naturalissá lesz.

A naturalis obligatio csak oly ügyletnek nem lehet tárgya, a melynél a hitelező az adós akaratán kivül kényszeríthet ki kielégítést, minden más ügyletnek lehet tárgya. Így tárgya lehet akár legatum debitinek (elévült tartozásom kifizetését hagyományozom), akár

legatum nominisnek (elévült követelésemet legálom valakire), persze ez utóbbi esetben a legatarius csak nuda spest kap. Kérdés, vajjon compensálható-e a naturalis obligatio? Nem, sőt még retentióval sem élhet a hitelező. A kik azt állítják, hogy a naturalis obligatio compensálható, azok a naturalis obligatio fogalmát kiterjesztik és a csak közvetve kikényszeríthető obligatiót is ide veszik. De akkor meg két faját különböztetik meg a naturalis obligatiónak. Így teszi ezt Savigny, így Schwaner, a ki erről könyvet irt.

A naturalis obligatio tényalapjai, azaz azok a tények, melyekből naturalis obligatio származik, közös elvi vonás alá nem foglalhatók. Az különben, hogy a források sok obligatiót naturalisnak mondanak, nem dönt, mert a források naturalis obligatióról beszélnek ellentétben a ius civilebeli obligatiókkal is, így nevezik tehát gyakran a ius gentiumbeli obligatiókat, a melyek korántsem naturalisak a most kifejtett értelemben. Nevezetesebb esetei a naturalis obligatióknak:

a) Házi viszonyban a paterfamilias és filiusfamilias közt, a filiusfamiliasok közt egymás közt, a rabszolga és gazdája közt civilis obligatio nem lehet, csak naturalis. Ez különben a servus és bármely harmadik közt is áll. A rabszolga csak naturaliter kötelezheti magát, érvényesen fizethet, ha van miből, ha van peculiuma. Nem így a filiusfamilias. Ez harmadik személyekkel szemben érvényesen kötelezheti magát, feltéve, hogy cselekvőképes.

b) Perintézmények: Naturalissá lesz a különben civilis obligatio, ha valamely formahiba miatt elvesztettük a pert, tehát a causa cadere miatt, azzá lesz elévülés folytán, harmadszor iniusta absolutio miatt, ha t. i. az adós felmentetik, de bebizonyíthatólag igazságtalanul. Ide tartozik a decretum divi Marci is, a mely az önhatalmaskodást tiltja azzal a sanctióval, hogy az önbiráskodó a követelést elveszti, de azért ez naturalis obligatio marad. Ezek a pontok nem állanak vitán kivül. Az iniusta absolutio- és az elévülésre nézve vitás, hogy az áll-e ezekre, a mit mi mondunk itt, vagy ezek csak kisebb mértékben naturalis obligatiók. Windscheid, Wächter szerint ezek csak tudva fizethetők ki, a tévedésből történt fizetés visszakövetelhető. E szerint több fajtája volna a naturalis obligatiónak. Windscheid így is tanítja. Szerinte a naturalis obligatiókban csak az a negativum közös, hogy be nem perelhetők.

c) Előáll naturalis obligatio a SC. Macedonianum folytán is. Ha én a filiusfamiliasnak kölcsönt adok, akkor én tőle azt per útján be nem hajthatom, mert neki e SC. Macedonianum alapján exceptiója van. Ha ő ezt a peremptoria exceptióját érvényesíti, engem az én keresetemmel elutasítanak. Igy nekem csak naturalis obligatióm van, én nem követelhetem, még ha paterfamiliassá lesz is, de ő megfizetheti. Windscheid szerint csak akkor fizetheti meg, ha paterfamiliassá lesz. Nem lesz ellenben naturalis obligatio sem a SC. Vellejanum ellenére adott intercessio. Hogy ennek mi az

oka, azt régebben úgy magyarázták, hogy ez a SC. in odium creditoris van behozva, azért nem marad semmi kötelem, holott a SC. Macedonianum in odium debitoris, t. i. a filiusfamilias ellen van hozva és ezért van legalább naturalis obligatio. Savigny kimutatta, hogy ez a magyarázat nem helyes. A két SC. különböző hatásának igazi oka az, hogy míg a SC. Velleianumnál az asszony, a ki kezességet vállalt, zálogot adott idegen tartozásért, nem kapott semmit, addig a filiusfamilias igenis megkapta a valutát, a kölcsönösszeget.

d) Az örökös jogosítva van a legatarius terhére levonni a quarta Falcidiát. Ehhez neki joga van, vagyis joga van a hagyományos követelését a hagyománynak erre a részére nem teljesíteni. Ha nem vontá le, naturalis obligatiót teljesített. A német polgári tkönyv. ellenjavaslatában Behr Ottó is azt proponálta, hogy a hagyomány bizonyos $^0/_0$-jét az örökös levonhassa provisióképen, ezt azonban és helytelenül nem fogadták el.

e) Általában erkölcsi kötelmek, a melyeket a jog ugyan nem, de az erkölcs kötelezőknek tart. Ilyen a kártyaadósság, a renumeratorius ajándékozások, azaz oly ajándékozások, a melyeket önszántunkból adunk ugyan, de valamely szolgáltatásért, pl. a kapupénz (ma már civilis obl.), taksán felüli díjazások stb. A források szerint az asszony kötelezettsége a dos adására csak naturalis obligatio (a nő szülőié a lex Julia szerint civilis). Naturalis obligatiók a szokásos alkalmakra való ajándékozások, karácsonyi, újévi ajándékok a cselédnek stb.

Az új német polgári törvénykönyvben a naturalis obligatio kifejezés nem fordul ugyan elő, de azért mégis kénytelen volt a fogalmat elismerni. Pl. az elévült adósságra nézve elismeri mindazt, a mit mi róla mondottunk. Kimondja más példában, hogy az alaktalan szerződés oly esetben, mikor forma lett volna szükséges, pl. ingatlan elidegenítés, ajándékozás, kezesség, a mihez mind közjegyzői okirat kell, nem perelhető, de ha teljesíttetik, retentio solutinak van helye. Ezt hasonlóképen a játékadósságra is elismeri. A házassági provisio nem kényszeríthető ugyan ki, de ha meg van fizetve, érvényesen van megfizetve. És egyáltalában van benne egy §, a mely szerint, ha ki nem kényszeríthető, követelés teljesíttetik, akkor ez vissza nem követelhető, ha a teljesítés az erkölcsi kötelességnek vagy a tisztességnek felelt meg.

117 §. Az obligatio tartalma.

Az obligatio tartalma a muszáj, a debere, a kell, maga a parancs vagy tilalom. Ennek a deberének különböző oldalai vannak. Ezek: ki tartozik teljesíteni, kinek a kezéhez, hol és mikor?

Első kérdés: kinek kezéhez kell a teljesítésnek történnie? A kötelemben mint kötelezett alany az adós áll. De ebből még nem következik,

hogy épen az adósnak kell annak lennie, a ki által a teljesítésnek történnie kell. Az, hogy ő az adós, csak azt jelenti, hogy ha a teljesítés nem történik, a következményekért ő felel. Ép úgy lehetséges, hogy nem a hitelező kezeihez kell a teljesítésnek történnie, és azért a kötelem mégis teljesítve van. Az a kérdés, hogy kinek kezéhez tartozunk teljesíteni, nem minden obligatiónál tehető. Általában csak a voltaképeni dare obligatiónál állítható fel, a non facerere szóló kötelmeknél nem. A darere menő obligatio teljesítésének rendszerint a hitelező kezeihez kell történnie. De ez a hitelező a saját kezeihez csak akkor veheti a szolgáltatást, ha ő elidegenítésre képes. Ez a vagyon felett dispositionalis képességet tételez fel, a mi a cselekvési képességnek magasabb foka. Minden solutióban ugyanis lemondás, valamivel való felhagyás van, t. i. lemond a hitelező a kötelemről, felhagy a követeléssel. Ha tehát a hitelező még nem képes alienatióra, pl. impubes, akkor a solutio nem az ő kezeihez történik érvényesen, ha mégis neki teljesítek, ha neki adom át az átadandó dolgot, akkor az odaadás által a kötelem nincs teljesítve. Érvényes solutio csak akkor történik, ha annak kezeihez fizet az arra kötelezett, a kinek kezeihez teljesítenie kell. Néha a hitelező, bár képes a teljesítés átvételére, mást hatalmaz fel a szolgáltatás erre, és akkor ennek a másiknak a kezeihez kell a teljesítésnek történnie. A hitelező gyakran magának az adósnak érdekében állít valakit maga mellé, úgy hogy az adós jogosítva van akár a hitelezőnek, akár ennek a másiknak a kezeihez teljesíteni. Ennek a teljesítés átvételére felhatalmazottnak neve: *solutionis causa adiectus*. Ez azonban nem hitelező, mert bár az adós jogosítva van az ő kezeihez fizetni, ő nincs jogosítva az adóstól a teljesítést követelni, ő nem hitelezőtárs, ő nem perelhet. Ebben különbözik az *adstipulator*-tól. Az adstipulator maga is stipulal, vagyis az adós neki is igéri annak a teljesítését, a mivel a főhitelezőnek tartozik. Az adstipulator hitelező, a ki a főhitelezővel correalis viszonyban van. Az adstipulator az adóst tehát beperelheti, ép úgy, mint a főhitelező; sőt ha a per a litis contestatióig jutott, az adós már csak a felperes kezeihez teljesíthet, a másik hitelezőnek kezeihez már nem. A solutionis causa adiectus az adós érdekében van felhatalmazva a teljesítés átvételére és ezért, ha ez a felhatalmazás egyszer megtörtént, többé vissza nem vonható. Állíthat azonban a hitelező a maga érdekében is valakit, a kinek a kezeihez a teljesítés történjen, ez az *assignatarius*. Ha ez az assignatio tiszta behajtási mandatum, mandatum accipiendi, akkor ez is visszavonható, de ha ez a megbizás az assignatus az adós érdekében is történik, vagy ez már az assignatariussal szemben kötelezte magát, akkor ez a megbizás többé vissza nem vonható. Az assignatio esetében meg kell különböztetni a mandatumot, a megbizást, a iussustól a felhatalmazástól. Voltaképen két mandatum van itt. Van egy mandatum solvendi, megbizás az adóshoz intézve,

hogy az assignatarius kezéhez fizessen, és egy mandatum accipiendi, mandatum az assignatariushoz intézve, hogy a teljesitést vegye át. Ezek mellett vagy esetleg ezek egyike nélkül is van végre iussus felhatalmazás, a hitelezőnek (assignans) egyoldalú akaratnyilvánitása, a melyben az assignatarius kezeihez történő teljesitést érvényesnek elismeri.

Ha a teljesités nem a legitimáltnak kezéhez történik, akkor az adós még mindig benne marad az obligatióban. A fizető persze attól, a kinek így fizetett, visszakövetelheti az átszolgáltatott dolgokat condictio indebitivel, ha t. i. tévedésből fizetett neki, vagyis abban a hiszemben, hogy neki tartozik fizetni, ha nem ebben a tévedésben fizetett neki, akkor condictio sine causával élhet. De mindezzel a két keresettel nem magukat a teljesitett dolgokat követelheti vissza, hanem csak annyit, a mennyi ezekből a dolgokból az illetőnél ez idő szerint még van. Néha azonban nem legitimáltnak kezéhez is lehet érvényesen, azaz úgy fizetni, hogy az adós az obligatio alól liberálódjon. Ha pl. a teljesités a hitelező hitelezőjének kezéhez történik, és ez a teljesités negotiorum gestioként vitetik véghez. Ez esetben ennek a teljesitésnek utiliter gestumnak kell lennie, mert különben az adós a hitelezője szabójának fizethetne.

Második kérdés: *ki köteles teljesíteni?* Már előbb mondtuk, hogy az adós szerepe nem az, hogy okvetlenül ő köteles teljesíteni, hanem hogy ő felel a teljesitésért. Én kötelezhetem magam arra, hogy A. fogja ezt meg ezt tenni. (Az újabbak ezt *garantia*-szerződésnek nevezik.) Itt nem én fogok teljesiteni, hanem A., az, hogy én vagyok az adós, csak azt jelenti, hogy ha a teljesités meg nem történik, engem fog a hitelező beperelhetni, én tőlem fog kártérítést követelhetni. Az adós személye tehát különválasztandó a teljesitő személyétől. Meg kell különböztetnünk a helyettesithető tárgyú és nem helyettesithető tárgyú obligatiókat. Helyettesithető tárgyú az, a melyet az adós is, bárki más is teljesithet A favágás helyettesithető, a képfestés nem. A legtöbb dare kötelem helyettesithető, a legtöbb facere nem az. Ha a szolgáltatás helyettesithető, akkor érvényes solutio történik, ha bárki teljesít, vagyis az adós bárkinek a solutiójával liberálódik, tekintet nélkül arra, hogy a hitelező ebbe a más által történő teljesitésbe beleegyezett-e vagy sem. Etiam invito debitore vel creditore alius pro alio solvere potest. Ez de lege ferenda aggályos szabály, mert magának az adósnak sem mindegy, hogy helyette ki fizet. Nem mindegy pedig azért, mert ez a teljesitő harmadik aztán az adós ellen fordulhat actio negotiorum gestorum contrariával, még pedig rögtön, elnézés nélkül, ez materialis hátrány, és nem mindegy moraliter sem. Azt lehetne mondani, hogy a cessiónál is, más hitelezőt kapott, a mi ugyanazokkal a hátrányokkal jár. Csakhogy ott legalább a hitelezőnek beleegyezésével történik ez. Aztán meg a cedálás elvét is ki lehet zárni, a mint némelyek szerint az osztr. polg. tk. sem ismeri el a cessiót,

ha az az adós beleegyezése nélkül megy végbe. Ez azonban nem kétségtelen. Az osztr. polg. tk. csak azt mondja, hogy ha valaki az adós beleegyezésével fizet, akkor a hitelező köteles rá engedményezni a követelést. Ebből még nem következik, hogy ha az adós nem egyezik bele, a hitelező nem engedményezheti a követelést. A mi az osztr. polg. tk.-ben kétségtelen, az az, hogy ha úgy a hitelező, mint az adós ellenzi, akkor a harmadik a viszonyba bele nem árthatja magát, a mit római jog szerint a helyettesíthető obligatiónál igenis megtehet. De az újabb törvényhozások is elismerik bizonyos tekintetben a római jogi szabályt, pl. a ius offerendi esetében. Ezt a mi jogunk is elismeri. Ha az adós helyett más valaki, ú. n. harmadik fizet, ennek regressusa tekintetében kérdésessé lesz a viszony közte t. i. a fizető és az adós közt. Ha az adós megbízásából fizetett, actio mandati contrariával kérheti az adóstól a teljesitettet, ha nem volt megbizva, actio negotiorum gestorum contrariával léphet fel, ha pedig az adós egyenesen tiltakozott a megfizetés ellen, akkor condictio sine causával fog élhetni azon az alapon, hogy az adós gazdagodott az által, hogy az obligatio alól mentesült. Ha a fizetés a hitelező beleegyezésével történik és ő ennek fejében a követelést a fizetőre engedményezi, akkor ez a fizető az adós ellen ex iure cesso fog felléphetni, vagyis a hitelezőnek keresetével utiliter, bár az actio neve ilyenkor helytelen, mert hiszen az eredeti viszony a fizetéssel megszünt, és így az eredeti actio sem volna helyesen megindítható.

Harmadik kérdés: *mit kell teljesíteni?* Erről a kötelem tárgyaként már bőven beszéltünk. Itt még csak annyit kell megjegyeznünk, hogy rendszerint aliud pro alio fizetni nem szabad. Természetesen a felek másra is módosíthatják a kötelem tárgyát. Van azonban eset, mikor a más megfizetése a felek megegyezése nélkül is meg van engedve, pl. a facultas alternativánál. Ez az egyedüli eset. A szabály az, hogy az teljesítendő, a mivel az adós tartozik, ezzel már mondva van, hogy kevesebb nem. Nincs tehát solutio és a hitelező nem esik késedelembe, ha nem fogadja el az olyan teljesítést, a melylyel az adós nem az egész tartozását, hanem annak csak egy részét kinálja fel. A részteljesítésre, a particularis teljesítésre az adósnak joga nincs.

Negyedik kérdés: *Mikor kell teljesíteni?* Itt meg kell különböztetni, meg van-e határozva az időpont, a mikor a teljesítésnek történnie kell, vagy nincs meghatározva. Ha nincs meghatározva, akkor rendszerint rögtön, quod sine die debetur, statim debetur, hacsak a felek megállapodásából nem világos, hogy nem azonnal, hanem csak post modicum tempus követelhet a hitelező. Így depositumnál, ha idő nincs kikötve, a letett dolog rögtön, azaz bármikor követelhető, már commodatumnál csak akkor, ha az obligatio czélja el van érve. Valaminek ingyenes használatba adása persze nem mindig commodatum, lehet precarium is, a mikor is bármikor vissza-

követelhető a dolog. Lehetséges másodszor, hogy a teljesités sub die van kikötve. Ez az időhatár megint lehet kétféle. Lehet lényeges alkotó része a szolgáltatásnak, ú. n. *dies fixus*, pl. ha a bécsi vonathoz való elhajtásra esti 9 órára kocsit rendelek, akkor nem az a szolgáltatás, hogy a kocsi eljöjjön, hanem hogy 9 órakor eljöjjön, mert ha később jön, nem későn teljesitett, hanem általában nem teljesített. Így beszélünk a kereskedelmi forgalomban fix vételröl, de ez nemcsak ott van, hanem minden obligatiónál lehetséges. Rendszerint azonban az időhatár nem ily minőségű. A dies in dubio nem dies fixus. Hogy a dies fixus legyen, annak a felek nyilatkozatából ki kell tünnie. A dies non fixus tekintetében a szabály az, hogy a *dies in dubio pro reo est, non pro actore.* Az adós jogosítva van előbb is teljesiteni, a hitelező azonban előbb nem követelhet. Ez a kérdés nálunk praktikus volt, a mikor a magyar állampapirokat convertálták. A dies non fixusnál a későbbi teljesítés is teljesítés, csakhogy morosus, késedelmes teljesítés. A korábbi teljesítés esetében persze az egész teljesítendő, különben nem teljesités. Nincs tehát joga az adósnak levonni az interusuriumot, az időközi kamatot. Hogy ő ezt levonhassa, ahhoz a hitelező beleegyezése is kell. Ilyen esetben, és még sok más esetben előfordul az, hogy az interusuriumot ki kell számítani. Így pl. a csőd esetében a hitelező, bár későbbi diesre szól a követelése, rögtön követelhet, de csak az interusurium levonásával. Ezért ennek az interusuriumnak kiszámítása igen fontos. Többféle módon történik. Az egyik mód a Carpzow indítványozta. (Carpzow lipcsei tanár, a ki hiressé tette magát az exceptio amorissal, a melyet helyénvalónak talált, mikor valaki idegen hölgyet megcsókolt.) Ezt a módot kis összegeknél szokták használni, és abban áll, hogy a teljesítési végösszegnek a levonási időre eső kamatait vonják be. Ha pl. 100 frtot egy esztendő mulván vagyok köteles teljesiteni, és én ma fizetek interrusurium levonásával, akkor a 100 frtnak egy évi kamatját (5%-et véve), tehát 5 frtot vonhatok le, vagyis 95 frtot fizetek. Ez a számítás azonban nem pontos mód. A másik módszer Hoffmanné, ki „Kunst Haus zu halten" czímű művében úgy számít, hogy keresni kell azt az összeget, a mely 1 év alatt 5% egyszerű kamatozás mellett 100 frtra nő fel, és ezt az összeget kell fizetnem (körülbelül 95 frt 75 kr.). Ezt a módszert tökéletesítette a nagy philosofus Leibnitz, a ki egyszerű kamatozás helyett kamatos kamatot számít.

Ha azonban az adós a dies non fixus esetében nemcsak hogy előbb nem teljesít, hanem még a meghatározott időben sem, akkor az időpont bekövetkeztével még mindig nem esik késedelembe. Késedelmes csak akkor lesz, ha őt a hitelező az esedékességkor, vagy utána teljesítésre felhivja. Ez a felhivás az interpellatio. Rendszerint tehát az interpellatio által válik az adós késedelmessé. A római jog ugyanis a meghatározott időpontot nem úgy fogta fel, hogy ekkor kell az adósnak teljesiteni, hanem hogy csak ekkor interpellálhat

a hitelező. Csak kivételesen, ha különösen benne megegyeznek, áll az a tétel, hogy dies interpellat pro honime. Erről a késedelem tanában.

Ötödik kérdés a *teljesítés helye*, hol kell teljesíteni? Itt is két eset lehetséges. Vagy meg van határozva a teljesítés helye, vagy nincs. Ha meg van határozva, ott kell teljesíteni, a mely helyben expressis verbis vagy tacite megegyeztek. Ez a megegyezés értelmezés dolga, a mi néha nem könnyű. Ha cselédet fogadok, hallgatólagos megegyezés az, hogy a szolgálatot ott kell teljesíteni, a hol lakom. De ha már most lakást változtatok, értelmezhető-e megegyezéstünk arra, hogy a cselédnek velem kell jönnie? Ha pl. Pesten maradok, rendszerint igen, ha Budára költözködöm át, még talán ekkor is igen, de már ha Váczra, Bécsbe megyek, akkor nem. Honnan vesszük ezt az interpretatiót? Hiszen a felek erről nem szóltak, talán nem is gondoltak rá. A szerződésből pedig többet nem lehet kivenni, mint a mennyi benne van. Mi szerint interpretálunk tehát? Erre más feleletet adni nem lehet, mint azt, hogy, mikor a felek bizonyos pontok tekintetében hallgatnak, az interpretatio szabálya az, hogy a felek közt ilyenkor az a megállapodás, a mely más felek közt szokott lenni.

A teljesítés helye tehát értelmezés dolga.

A római stricti iuris iudiciumokban szabály volt, hogy ha a teljesítés helye meg van határozva, akkor a perlés is csak azon a helyen történhetik. Máshol perelni pluspetitio loco. Később ennek a bajnak az orvoslására behoztak actio arbitrariat. (Actio arbitraria tágabb értelemben minden actio, melyben arbiterek itéltek, szűkebb értelemben a naturalis szolgáltatásra irányuló actio, legszűkebb jelentése az, melyről itt szó van.) Ennek az actiónak teljes neve: *actio arbitraria de eo quod certo loco dare oportet*. Ennek formulájában a biró felhatalmazást nyert, hogy arbitrium (nem condemnatio) formájában, a mely arbitrium azonban végrehajtható, hagyja meg alperesnek, hogy felperesnek a perlés helyén teljesítsen, még pedig annyit, a mennyit az a tartozás a helyköz tekintetbe vételével ér. Az interesse loci tekintetbe vétetik és levonhatja a szállítási költségeket is. A bonae fidei iudiciumoknál nem kellett actio arbitraria, mert a bonae fidei iudicium úgyis csak az interessére marasztal.

Ha a teljesítés helye kikötve nincs, akkor a jog állít fel dispositiv szabályokat. Meg kell azonban jegyezni, hogy ha nincs is kikötve a hely, az néha magától értetődik. Már most abban az esetben, ha a teljesítés helye még így sem vehető ki, vagyis a teljesítés itt is, ott is történhetik, mint az rendesen a tiszta dare vagy a helyhez nem kötött facerenél van, akkor alkalmaztatnak a következő dispositiv szabályok:

Az első az, hogy meg kell különböztetnünk a szerződési obligatiókat és a hagyományból eredő obligatiókat. A szerződési obligatióknál ismét külön kell tartani a dare-re, facere-re és restituere-re menő obligatiókat.

I. *Szerződési obligatiók teljesítési helye. a) Dare-re menők.* Ezeknél ismét meg kell különböztetnünk, vajjon a dare tárgya species-e vagy genus. α) *Species*-nek adása esetén ismét néznünk kell, vajjon a szerződés megkötésekor a felek tudták-e, hol van a szolgáltatandó species. Ha igen, akkor in dubio ez a hely a teljesítés helye (ker. törv. 323). Ha azonban nem igazolható, hogy a hitelezőnek tudtára adatott-e a szolgáltatandó dolog helye, akkor az adós lakhelye a teljesítés helye. Ez, hogy az adós lakhelye, vagy a dolog tudott létezési helye a teljesítés helye, nemcsak azért fontos, mert elejét veszi a kanapéperöknek, hogy a hitelező menjen-e a dologért, vagy az adós hozza-e el, hanem fontos azért is, sőt főleg azért fontos, hogy sok tekintetben a teljesítés helye a mértékadó. Így pl. az árú jó karban van-e, vagy sem, az a teljesítés helye szerint birálandó meg. Az átadás, a solutio ott történik. Ha már most pl. az adós szívességből el is hozza az árút a hitelezőhöz, és az útközben elromlik, akkor ő már nem felelős, mert a teljesités helye nála volt. Az úgynevezett distancz ügyleteknél coulantiából az adós rendszerint elküldi az árút a hitelezőnek (a pesti nagykereskedő debreczeni vevőjének) és nem követeli, hogy ez érte eljöjjön, de azért a teljesités helye mégis az ő lakhelye. A teljesités helye tehát azért fontos, mert a teljesitésnek összes materiális minőségei a hely szerint itélendők meg. A ker. törv. mondja is, hogy mikor az eladó szívességből, vagy ha nem is szívességből, hanem kikötésszerűleg elvállalja, hogy az árút nekem elküldi, ebből még nem következik, hogy a teljesités minősége is az én helyem szerint fog megitéltetni. A romlás veszélyét én viselem, nem az adós. A teljesitésnek jókor kell történnie, még pedig a teljesités helyén. Ha persze az adós, a ki az árú elküldését elvállalta, a szállitás tekintetében rosszul járt el, ezért felelős lesz, de nem azért, mert nem kellőleg teljesitett, hanem mert rosszul csomagolt stb.

β) Ha a dare tárgya *generice* van meghatározva, akkor ha az ú. n. *lokalizált genus*, vagyis bizonyos helyen létező faj, pl. egy istállóban levő lovak közül az egyik szolgáltatandó, akkor erre ugyanazok a szabályok állanak, mint a speciesnek dare-jánál. Ha azonban a genus nincs lokalizálva, akkor a teljesités helye in dubio az adós lakhelye. Kivétel csakis a *pénzszolgáltatás* tekintetében van, mert ennél in dubio a hitelezőnél van a teljesités helye. A ker. törv. ismét ez alól is kivételt állapit meg, de ez már nem pandektajogi intézmény, hogy t. i. a bemutatóra szóló papirok, bár pénzszolgáltatások, az adós lakhelyén teljesitendők.

b) A restituere-re menő obligatióknál, vagyis oly kötelmeknél, a melyeknél valamely a hitelező által az adósnak odaadott dolognak visszaadásáról van szó, ismét két esetet kell megkülönböztetnünk, hogy t. i. a szerződés az adósnak vagy a hitelezőnek érdekében köttetett-e? Ha a szerződés az adósnak van érdekében pl. a commodatum, mutuum, akkor az adós a dolgot ott köteles visszaadni,

a hol átvette. Persze ez nem áll kivétel nélkül. Ha én az utczán adom a dolgot kölcsön, természetes, hogy nem az utczán kell visszaadni, hanem a hitelező lakhelyén. Ha a szerződés a hitelező érdekében köttetett, pl. a depositumnál, a hitelezőnek kell elmennie a dologért az adóshoz. Persze est is cum grano salis kell venni. Ha az adós a maga lakását időközben, még pedig nem közönséges keretben, változtatja, pl. kiköltözik Amerikába, akkor a hitelező nem fog utána menni.

c) A facerere menő obligatiókra általános szabályt felállítani nem lehet. Az ilyen obligatiók oly végtelenül sokfélék, hogy in concreto ex bono et aequo kell megállapitani a teljesités helyét.

II. *Hagyományoknál* a szabály az, hogy, minthogy a hagyomány mindig a legatarius érdekében van, nem az örökösöknek kell odavinniök a hagyományoshoz, hanem a hagyományosnak kell érte mennie a hagyomány tárgyáért, ott a hol van, az örökösök lakhelyére.

II. FEJEZET. A KÖTELMEK KELETKEZÉSE.

118. §. A kötelmek keletkezése.

Valamint maga az obligatio fogalma rendszerint képletben szokott magyaráztatni, úgy ez a kifejezés is, hogy az obligatio keletkezik, változik, megszünik, szintén képlet. Az obligatiónak nincs valóságos existentiája, tehát nem keletkezhetik, változhatik stb. Realiter szólva, mikor az obligatio keletkezéséről beszélünk, azt kellene mondani, hogy vannak tények, a melyek alapján bizonyos személy, melyre az illető tény vonatkozik, bizonyos szolgáltatással tartozik. Ezeket a tényeket a római jog három, illetve négy osztályba sorozta. Gaius a hármas felosztást követi, azt mondván (l. 1. pr. D. 47., 7.), obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio (delicto) aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. Iustinianus ezt a harmadik csoportot két részre szakítja, felosztván azt meg: obligationes quae quasi ex contractu és quae quasi ex delicto nascuntur. A kritikát sem a Gaius, sem a Iustinianus felosztása meg nem állja. Gaius-é olyan, mintha az embereket foglalkozásuk szerint felosztanók szabókra, csizmadiákra és egyéb emberekre. A felosztás kimeritő ugyan, de az egyes csoportok aránytalanok. Iustinianus felosztása még hibásabb, mert először is nem kimeritő, nem foglalván magában az egyoldalú ügyletből eredő obligatiókat, hacsak az ex contractu obligationes alatt nem értjük általában a fél akaratából származó obligatiókat, vagyis contractus ügyletet jelentene úgy egy-, mint kétoldalút vagyis szerződést. Nem foglal magában a justinianusi felosztás még egy csomó tényt, a melyek a Gaius se hideg, se meleg variae causarum figurae-iben mégis meghúzódhattak, de a Iustinianus osztályozásából kiszorultak, mert sem a szerződések-, sem a delic-

tumokhoz hasonlóan nem szabályoztattak, tehát sem a quasi contractusok, sem quasi delictumok. Iustinianus felosztásának másik hibája az, hogy a harmadik és negyedik csoport és annak elnevezése az említett quasi contractusok és delictumok csoportja nem a keletkeztető tényre, hanem a tartozás szabályozásának minőségére vonatkozik, mert az, hogy quasi contractus nem a keletkeztető tény minőségét jelenti, hanem jelenti azt, hogy vannak obligatiók, melyek nem keletkeztek ugyan szerződésből, de mégis valamely szerződésből eredő obligatio mintájára vannak szabályozva. Mi ezen okokból sem a Gaius, sem a Iustinianus-féle felosztást nem követjük, hanem helyükbe teszünk másikat, szintén hármasat, mondván, hogy az obligatio vagy ügyletből, vagy vétségből, vagy oly tényekből keletkezik, melyek az előbbi kettő egyikébe sem tartoznak. Ezt a harmadik csoportot ex lege obligatióknak szokás nevezni. A mi felosztásunk a Gaiuséhoz hasonló és ugyanabban a hibában szenved, de a használtak közt még a legjobb. Igyekeztek ugyanezt a harmadik csoportot, ezt a variae causarum figuraet vagy mi szerintünk ex leget tovább bonczolni, de mindig maradt residuum, úgy hogy a felosztás csak nehézkesebbé, de kimeritőbbé nem lett. Ilyen kisérlet a Baroné, a ki öt osztályt állít fel: 1. szerződés, 2. az adósnak, illetve az örökhagyónak egyoldalú akarata (ez a kettő nálunk együtt alkotja az első csoportot), 3. a biró akarata, 4. valamely személynek egyoldalú behatolása más személynek jogkörébe, akár jogszerű ez a behatolás (a római quasi contractusok egy része: negotiorum gestio, tutela, cura, communio incidens), akár jogszerűtlen (nálunk és a római felosztásban: delictum), 5. positiv jogszabály. Ez az ötödik megint nem más, mint variae causarum figurae, vagy a mi elnevezésünkkel ex lege obligatiók.

Ezek a tények, melyeket mi három csoportban foglalunk: ügyletek, vétségek és egyéb tények (ex lege), nemcsak kötelemkeletkeztető, hanem változtató és szüntető tények is. Ezek közt a legfontosabb az ügyletek, a melyek közül megint a kétoldalúak, az ú. n. szerződések emelendők ki. Ügylet, szűkebben szerződés nemcsak kötelemkeletkeztető, változtató és szüntető tény, hanem keletkeztet, változtat és megszüntet dologi jogokat, családjogokat stb. is. Az ügyletek, különösen a szerződések tana épen ezért nem az egyik vagy másik alanyi jognál, hanem az általános részben tárgyalandó, egy részét ott is adtuk. De minthogy a szerződés, bár általános érvényű tény, mégis a kötelmi jogban legfontosabb, azért itt adjuk az ügyletek tanának még hátralévő részét, főleg a szerződések tanát.

119. §. A szerződés.

A jogügylet szándékolt joghatású megengedett jogi cselekmény, akaratnyilvánítás. Ez kétféle lehet: egyoldalú, ha csak egy félnek cselekvénye, akaratnyilvánítása, kétoldalú, ha két

félnek egymáshoz irányított, egybehangzó cselekménye, akaratnyilvánítása. A kétoldalú jogügyletet szerződésnek nevezzük. Kötelmi szerződés már most tehát két vagy több (nem ez a rendes) félnek egybehangzó akarat nyilvánítása, a melyet egymás irányában tesznek abból a czélból és azzal a tartalommal, hogy ez által az egyik magát a másikkal szemben, vagy mind a kettő egymással szemben kötelezni akarja a szerint, a mint a szerződés egyoldalú vagy kétoldalú. A két akaratnyilvánítás közül az egyiket *ajánlat*-nak, a másikat *elfogadás*-nak hivjuk. Ez ismét képletes kifejezés és viszonylagosan veendő. Ajánlat az az akaratnyilvánitás, a melyik előbb történik, a későbbi az elfogadás. A különbség ajánlat és elfogadás közt nem tartalmi különbség, mert hiszen megegyező akaratnyilvánitást tesznek a felek, hanem csak időbeli differentia. Néha az ajánlat és elfogadás megkülönböztetést nem is lehet megtenni, a mikor ugyanis a két akaratnyilvánitás egyszerre történik, egy időben küldöm én is, ő is az ajánlatot. Sokszor olyképen beszélnek ajánlatról, mintha az tartalmilag igérés volna. Ez nem helyes, mert én tehetek neked ajánlatot, hogy te ajándékozz nekem, és ha te igéred, hogy ajándékozol, akkor te elfogadást és nem ajánlatot teszel. Pláne nem lehet ezt mondani, a hol mind a kettő igér. A két akaratnyilvánitásnak, ajánlatnak és elfogadásnak, egymás irányában kell történnie. Néha ez sem áll egészen, legalább nem domborodik ki élesen és ezért Windscheid ezt a kriteriumot el is ejti, de helytelenül. Mert az bizonyos, hogy ha én x-nek valami, bármily komoly elhatározást mondok, és a másik ugyancsak x-nek mondja a maga elhatározását, az mégsem contractus. Hiába mondom valakinek, hogy én ezt meg ezt a dolgot ennyiért megvenném és a dolog tulajdonosa is ugyanannak beszélgetés közben kijelenti, hogy a dolgot ennyiért eladja, ez mégsem lesz adásvétel, mert a két akaratnyilvánitás nem vonatkozik egymásra, nincs egymáshoz irányítva. Néha azonban ez az egymáshoz irányítás tényleg nem domborodik ki egészen. A házasságkötés úgy történik, hogy úgy a vőlegény, mint a menyasszony az anyakönyvvezetőhöz irányítja a maga akaratnyilvánitását, annak kérdésére mondván az igent. Formailag nem egymáshoz irányítják nyilatkozatukat, tényleg igen. Windscheid e kriterium elejtésével elő akarja késziteni a harmadik előnyére szóló szerződést. Erre azonban szükségünk nincs.

Ez a két nyilatkozat, ha mindjárt egymás irányában kell is hogy történjen, és habár a kettő nélkül szerződésről nem is beszélhetünk, tartalmilag nem egyenlő súlyú. A nagyobb súly azon fekszik, a ki magát kötelezi, mert rendszerint azt, hogy a másik ezt a kötelezést elfogadta, külön nem kell tisztázni. A germán jog ezért rendesen be is éri a kötelezési akaratnyilvánítással. Sőt Savigny ezt még a római jog szempontjából is tanítja a teljesen ingyenes szerződéseknél. Szerinte a donatio egyoldalú igéret. Ez azonban

nem a forrásoknak az álláspontja, és de lege ferenda sem helyes, mert nekem nem mindegy, hogy ki ajándékoz nekem és mit. Ha a kötelezési akaratnyilvánítás elég volna és nem szorulna elfogadásra, nekem valaki teszem kéteshirű házat ajándékozhatna. Az egyoldalú igéret mint elegendő kötelezési alap a római jognak nem álláspontja, azt a germán jog fejlesztette ki. Siegel, bécsi tanárnak van erről a thémáról gyönyörű könyvecskéje: Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, a melyben azt fejti ki, hogy voltaképen csak az adós igérete lényeges. Ennek a könyvnek nagy kihatása volt az értékpapirok theoriája tekintetében, mert hatása alatt az addig uralkodó ú. n. szerződési theoria helyébe az egyoldalú igéret elméletét juttatta diadalra. (Nálunk Pósz és Nagy ezt követik.) Jakobi berlini tanár de lege ferenda általában vitatja az egyoldalú igéret elegendőségét. Ezzel szemben a római jog nemcsak a kétoldalúság elvi álláspontján áll, hanem a két nyilatkozat közül fontosabbnak tekinti a hitelezőét. A római jogban mindig a hitelező beszél az adós nem mond mást, mint a mit a hitelező már megformulázott. Élénken kidomborodik ez a stipulatiónál, a rómaiak typikus szerződésénél. Ez a római jog álláspontja nemcsak a kötelmi jog terén, hanem minden jognál az beszél a ki a jogot megszerzi, tehát mintegy a hitelező. Látjuk ezt a mancipatiónál, az in iure cessiónál, nexumnál. Az ellenkező képet nyújtják a germán jogok. Ott az adós nyilatkozata a fő, a mi tartalmilag a mi felfogásunknak is megfelel. Ma a hitelező azt kapja, a mire az adós magát kötelezte, a római jog szerint az adós magát arra kötelezi, a mit a hitelező tőle kíván. A római hódító nemzet, a melynek jelszava mindig: én veszek.

Tartalmilag az ajánlatnak olyannak kell lennie, hogy az elfogadással az obligatio megállapitható legyen. Ebből szerint az ajánlatot úgy kell megformulázni, hogy az elfogadónak csak azt kell rá mondani: igen. Ez többnyire így van, de nincs így mindig. Lehet pl. az ajánlat alternativ, és akkor nem elegendő rá azt mondani, igen.

Az *ajánlatot* különben meg kell különböztetni egy pár tényállástól, a mely hasonlít rá, de mégsem az. Az első az, hogy az ajánlatot, mint minden jogügyletet meg kell különböztetni a különben hasontartalmú, de nem jogi czélzatú cselekvéstől, a mely esetleg ugyanazokban a szavakban nyer kifejezést, mint a lekötelezési czélzatú ajánlat. Ha én valakinek azt igérem, hogy ezt meg ezt a regényt elküldöm neki; ez lehet ajánlat, de lehet puszta szóbeszéd is. Az pedig nagy baj, hogy ugyanazokkal a szavakkal dolgozunk a jog és a társadalom terén. Már a római forgalom ebben e tekintetben is technikusan járt el, a rómaiaknak voltak specialisan jogi jelentésű szavai, pl. spondeo. Ezzel a szóval a közönséges diskursusból a jog terére léptek. Nálunk tisztán értelmezési kérdés, hogy valamely igéret, ajánlat jogi lekötelezés-e, vagy sem.

Az ajánlatot meg kell másodszor különböztetni az *ajánlattételre való felhivástól.* Ez sem akar mást mondani, minthogy valamely nyilatkozat jogi kötelező szándék nélkül történik. A nyilatkozat itt azzal a szándékkal történik, hogy a másik tegyen nekem jogilag lekötelező ajánlatot. Ennek példája a plakatumok, hirdetések. Ezek nem ajánlatok, ezek nem történnek jogi lekötelező szándékkal. A hirdetés csak annyit jelent, hogy jertek hozzám és tegyetek nekem ajánlatot. A judikatura egy ideig ingadozott és a franczia gyakorlat ma sincs úgy megállapodva, mint a német és a mienk abban, hogy pl. a kirakatba bizonyos ár megjelölésével kitett dolog, pl. nadrág, még nem ajánlat, melyet a vevő elfogad, hanem csak felszólítása a vevőnek, hogy jöjjön be és ő tegyen ajánlatot. Ez annyiban fontos, hogy, ha én bejövök és kérem azt a 10 frtos nadrágot, akkor a kereskedő mondhatja, nincsen, nem fogadom el az ön ajánlatát, holott ha a kirakat ajánlat volna, ő köteles volna nekem ilyen 10 frtos nadrágot adni. A német és a magyar kereskedelmi törvényben (336. §.) benne van, hogy a hirdetések stb. nem ajánlatok, hacsak expressis verbis ez kitéve nincs. De ha az ilyen felhivások ajánlattételre nem is ajánlatok, még sem jelentéktelen fontosságúak. Fontosságuk abban van, hogy ha ezek alapján későbben szerződés jön létre és más valamit meg nem állapitanak, a mennyiben a szerződés a hirdetésre, árjegyzékre stb. való vonatkozással köttetett, ez a hirdetés, árjegyzék stb. része lesz a szerződés tartalmának, az ú. n. *lex contractus*nak. Ha én a fenti kereskedőhöz bejövök és az mondom, kérek egy olyan nadrágot, a milyen a kirakatban van és ő ezt elfogadja, akkor ha mást semmit sem beszéltünk, a nadrág minősége ára, stb. a kirakatba tett nadrágéval azonos lesz, vagyis az, a mit az ajánlattételre való felhivás mutat. A vendéglői étlap sem ajánlat, hanem felhivás ajánlattételre (Biermann irt erről a Jhering-féle Jahrbücherekben), és így, ha én az étlap alapján rendeltem valamit, az étlapban foglalt adatok részei lesznek szerződésünk tartalmának. Már a vasúti állomásokon árral ellátott és már ki is készitett ételek vagy az automata nem felszólitás ajánlattételre, hanem valóságos ajánlat, és én, a vevő, jelentem ki az elfogadást. Ezeknél a helyzet olyan, hogy ajánlatnak kell minősitenünk, a mi különben csak felhivás volna ajánlattételre. A vasúti állomáson nincs idő az alkudozásra, az automatával meg nincs is kivel alkudozni, nincs kinek megtenni az ajánlatot. Már a tramwaykocsi megint csak felhivás ajánlattételre, az ajánlatot én teszem, a ki rá felszállok, és a kalauz a vasúti társaság nevében ezt az én ajánlatomat elfogadja. Ép ezért lehetséges, hogy ő nem fogadja el, és akkor le kell szállnom, a mi nem volna lehető, ha a vasút tenné az ajánlatot, a mikor az én elfogadásommal, a felszállással, a szerződés perfekt volna. A concurrentia nélkül álló vállalatoknál persze a hatóság jól teszi, ha a vállalatot, pl. a vasútat, hegy tetején egyedül álló vendéglőt kötelezi az általuk tett

ajánlattételre való felhivásnak megfelelő ajánlat elfogadására. Ilyenkor a helyzet az, hogy a vasút a hatósággal kötött pactum de contrahendo in favorem tertii alapján köteles ajánlatomat elfogadni, különben kártéritést tartozik fizetni, de azért ha még sem köti meg velem a szerződést, akkor az nincs megkötve.

Az ajánlatot harmadszor meg kell különböztetnünk a *pactum de contrahendo*-tól, az előszerződéstől. Ez szerződés az iránt, hogy szerződést fogunk kötni. Ez az életben igen gyakran történik, szerződünk, hogy akkor és akkor fogok neked mutuumot adni. Ez az előszerződés még nem kölcsön, mert a kölcsön csak a dolog átadása által létesül, ez csak pactum de mutuo dando, vagy ha commodatumot igérünk pactum de commodando. Ha én B.-vel megegyezem, hogy ezt a dolgot ilyen árban fogom eladni, akkor az eladás még nincs megkötve, én csak ad me obligandum vállaltam obligatiót, ez esetben pactum de vendendót kötöttem. Ha az ilyen előszerződést nem teljesiti a fél, vagyis nem köti meg a vállalt szerződést, akkor ezt a vállalt szerződést a birói itélet fogja suppleálni. Már most a különbség az ajánlat és a pactum de contrahendo közt az, hogy az ajánlat visszavonható mindaddig, míg el nem fogadtatott, a pactum de contrahendót pedig visszavonni nem lehet. A pactum de contrahendot azonban nemcsak az ajánlattól, hanem a kész szerződéstől is meg kell különböztetnünk. Én köthetek szerződést úgy, hogy adok árút, te adsz árt, ez az adásvételi szerződés, és köthetek úgy, hogy csak fogunk adásvételi szerződést kötni. A különbség a kettő közt az, hogy míg az adásvétel alapján én köteles vagyok árút adni, te pedig azt megfizetni, addig a pactum de emendo et vendendonál én köteles vagyok árút adni, ha kivánod, te köteles vagy fizetni, ha úgy kivánnám. A pactum de vendendo et emendo, mint minden pactum de contrahendo az alatt a feltétellel szól si volueris, az obligatio teljesülése a másik félnek akaratától függ. Ilyen különben már az emptio venditio si placuerit vagy ad gustandum, a megtekintésre, próbára való vétel. Másképp van a dolog a realis, vagy bizonyos formában kötendő szerződéseknél. A pactum de commodando az nem si volueris feltétellel kötött commodatum, mert commodatum csak a dolog átadása által jöhet létre. Így pl. a pactum de cambiando sem váltó. Ezeknél a szerződéseknél a pactum de contrahendónak más szerepe van. Ezeknél csak kötelezés valamely kötelem megállapitására, de még nem maga az a kötelem, még csak feltételesen sem.

A pactum de contrahendo tanával kapcsolatban igen érdekes kérdés merült fel. Ma a szabály az, hogy mindennemű tartalmú szerződés tisztán consensualiter megköthető, mihelyt A. és B. valamiben megegyeztek, ebből obligatio támad. Már most ennek alapján, nem lehet-e ma megkötni tisztán consensualiter azokat a szerződéseket, a melyek a római jogban realisak voltak, azaz a melyeknél a római jog a puszta megegyezést elegendőnek nem tartotta,

hanem a dolog átadását is megkívánta? Nem-e lehet mondani, hogy a commodatum, mutuum, depositum stb. is consensualiter jöhet létre? Vagyis nem lehet-e mondani, hogy a depositum, mutuum stb. már a pactum de mutuando, de deponendo stb.-vel létrejött? Vagyis nem lehet-e mondani, hogy a mutuum, commodatum stb. consensualis szerződések, a melyek épen olyan tartalmúak, mint a locatio conductio rei, csakhogy nem járnak ellenszolgáltatással, bérrel? Hiszen, ha a commodatumot elkülönítjük a pactum de commodandotól, akkor a locatio conductiónál is lehet úgy okoskodni, hogy a consensualis locatio conductio csak pactum de locando, illetve de conducendo, de a valóságos obligatio csak a dolog átadásával jön létre. Már pedig a római jog ezt a locatio conductiónál nem teszi, nem szakitja szét két contractusra, consensualisra és realisra, hanem egynek veszi. Ezen az alapon az újabb irók felállitják azt a tételt, hogy realis contractusokra csak a rómaiaknál volt szükség, a kik nem ismerték el, hogy a puszta consensus minden esetben kötelező tartalmú legyen. De ma, mikor a puszta consensus bármily tartalmú obligatiót szülhet, realis contractusokra szükség nincsen. Ez a nézet a törvényhozásba is bevette magát, úgy hogy a svájczi kötelmi jog és a drezdai javaslat realis contractusokról nem is szól. De bármily elterjedt is ez a nézet, az egész nem egyéb nagy tévedésnél. Igaz csak annyi, hogy ma a mutuum és a többi realis szerződés consensualiter is jöhet létre, realiter is. A felek akaratától függ, akkor akárják-e a kötelezést létesíteni, mikor a dolgot átadják, vagy már akkor, mikor a consensust létrehozták. Ez ma az uralkodó tan, a melylyel persze az interpretationalis nehézségek ismét szaporodtak. Annak pedig, hogy a mutuumot stb. realis szerződésként is elismerjük, nemcsak consensualisként, mint az újabbak akarják nemcsak theoretikus, hanem praktikus következményei is vannak. Ha mutuum, mint realis szerződés alapján perelek, akkor nekem kell a pénz átadását bizonyítanom, ha azonban csupán consensualis volt a kölcsön, nekem csak mutuus consensust kell bizonyítanom, a mivel szemben alperes exceptio non adimpleti contractussal élhet (a realis mutuumnál erről szó sem lehet). Ennélfogva realisnak véve a contractust, a keresetnek nem helyes substantiálása alapján, ha t. i. a pénz átadását nem bizonyítottam be, fognak elutasitani, consensualisnak véve, ezért csak alperes kivánságára fognak elutasitani, ha t. i. a fenti exceptiót emeli. Ha nem emeli, őt elmarasztalják, még ha nem is kapott kölcsönt. Fontos a különbség a makacsság tekintetében is. Alperes makacsság esetében még akkor is el fog marasztaltatni, ha felperes nem is bizonyítja be, hogy a valutát átadta.

A szerződést alkotó két akaratnyilvánítás közül a később történőt *elfogadásnak* nevezzük. Az elfogadási nyilatkozat csak időben különbözik az ajánlattól, nem tartalmilag. Az elfogadásra nézve a szabály az, hogy az elfogadásnak azonnal kell megtörténnie (ker.

törv. 314. és 315. §§.), mert ha az ajánlat nem fogadtatik el azonnal, akkor megszűnik ajánlat lenni, és későbbi elfogadással nem lesz szerződéssé. Ha az elfogadás úgy történik, hogy az ajánlaton egyet-mást modificál, akkor az nem elfogadás, hanem új ajánlat, a melyet az első ajánlattevője fogadhat el vagy utasíthat vissza. Ez fontos az értelmezés szempontjából.

Az elfogadás megkülönböztetendő attól, a mikor a felek csak alkudoznak a nélkül, hogy az egyik vagy a másik fél kötelezni akarná magát. Ezek a tractatusok, a melyek a szerződési nyilatkozatoknak csak előkészítői. Míg a tractatus kevesebb, mint szerződési nyilatkozat, addig a punctatio már az, még pedig szerződési résznyilatkozat. Ha A. és B. valami contractust, köznyelven üzletet akarnak megkötni, akkor az egyezség csak darabonként történhetik, előbb a minőséget, aztán az árt, időt, helyet stb. kell meghatározni. Ha már most a felek nem egyszerre, hanem darabonként kötik meg a szerződést azzal a szándékkal, hogy ezeket az egyes pontokat kötelező erőre emeljék, az ilyen szerződési pontok a punctatiók. Ha a felek egyes pontokra nézve megegyeztek és feltétlenül megegyeztek abban, hogy a szerződést megkötik, akkor a többi pontra nézve nem is kell megegyezniök. Azokra nézve felfüggeszthetik a megegyezést, és vagy dispositiv szabályra, vagy a boni viri arbitriumára bízhatják. Ilyenkor ismét értelmezési kérdés, hogy egyes pontokban való megegyezés esetén a felek már megkötötték-e a szerződést?

Az ajánlat az elfogadásig visszavonható, csak az elfogadástól kezdve köt. Megesik azonban, hogy az ajánlatot az adressatus még nem fogadta ugyan el, de bízva benne kiadásokba verte magát, mikor csak egyszerre az ajánlatot tevő visszalép. Követelhető-e az ajánlattevőn a visszavonás által okozott kár? Ihering szerint bár a tett ajánlat, igéret visszavonható, mégis a másiknak bona fide tett kiadásai megtérítendők. Nem azt kell az ajánlattevőnek megtérítenie, a mi az adressatusnak lett volna, ha a szerződés létrejött volna, hanem csak azt, a mi neki meg lett volna, ha az ajánlat meg nem történt volna. Ez a negativ kárnak a megtérítése szemben a positiv érdektérítéssel. Wächter szerint az ajánlattevő semmivel sem tartozik, mert vagy van joga, ajánlatát visszavonni, vagy nincs. A német polg. tk. Ihering nézetét acceptálta, a melyet ő a források alapján is igyekezett bebizonyítani a culpa in contrahendoról értekezvén.

120. §. A szerződés formája.

Mint már előbb mondtuk, a szerződés tana általános érvényű tan, és igy az általános részbe való. A szerződés, tágabban az akaratnyilvánitás formájáról is tehát ott kell beszélni. Ezt mi úgy is tettük (l. 62—66. l.). Itt csak néhány a szerződésre specialisan

vonatkozó tételt fogunk kifejteni, a mikre ott, mivel a jogügyletről általában volt csak szó, rá nem térhettünk. Zittelmann Ernő, bonni tanár irt vastag könyvet Irrthum und Rechtsgeschäft czimen, a melyben kifejti, hogy psychologice véve mi a szándék, a szándék és akarat közt mi az összefüggés, ez az akarat az ideg- és izomműködés alapján hogy közöltetik a külvilággal, és hogy ez a közlés mindig valami testi magatartás, akár élő vagy irt szóban, akár gestusban nyilvánul is az akarat. Hogy mely testi magatartások alkalmasak arra, hogy akaratomat kifejezzék, azt nem a jog, hanem az élet állapítja meg, a jog csak az élet megállapitotta módokat próbálja csoportositani. A jog csak oly módon nyúl bele ebbe a kérdésbe szabályozólag, hogy bizonyos tartalmú akaratnyilatkozatokra bizonyos formát rendel. Mikor a jog rendeleténél fogva bizonyos tartalmú ajánlatra vagy elfogadásra nem minden lehető mód van megengedve, hanem csak egy vagy több bizonyos forma, akkor formalis szerződésről beszélünk. A szerződési nyilatkozat tehát történhetik vagy alaktalanul, azaz bármilyen módon, vagy történhetik formásan, azaz csak egy vagy több bizonyos módon. Ma a szabály az, hogy ajánlat és elfogadás alaktalanul történhetik. A régi jogban az ellenkező volt a szabály.

Az akaratnyilvánitás rendes formái: jelenlevők közt élőszó, távollevők közt irás, ezeken kivül gestusok. Ez utóbbiaknak, melyeket némelyek tettleges akaratnyilatkozatnak is hívnak (Windscheidnak is, Hartmannak is van egy müve: „Werk und Wille), se szeri se száma. Ezek sorában ismét van egy sajátszerű: a hallgatás. Voltaképen passiv magatartásnak kellene nevezni. Ehrlich bécsi tanár irt róla művet: Die stillschweigende Willenserklärung. A hallgatás vagy szándékos, hogy a másik ebből az én akaratomat megértse, vagy merően szándék nélkül történhetik. Ha szándékosan hallgatok, akkor a hallgatás valóságos tett, cselekmény. Ilyenkor beszélhetünk a hallgatásról, mint cselekményről, mint akaratnyilatkozatról. De mikor valaki minden szándék nélkül hallgat, akkor az nem akaratnyilvánitás. Ez volna a leglogikusabb elbirálása a hallgatásnak. Mindamellett mégsem fogadható el, mert a másik fél sohasem tudhatja, vajjon szándékos-e a hallgatás vagy sem? Tehát nem a belső szándékot kell venni, hanem azt kell néznünk, hogy annak a személynek, a ki a hallgatóval szemben áll, átlagos eszű és tisztességű emberként eljárva azt kellett-e gondolnia, hogy ez a másik szándékosan hallgat-e vagy sem? Ez azonban még mindig nem válasz arra a kérdésre, hogy mikor kell a másiknak hallgatását elfogadásnak, mikor visszautasitásnak venni. Ez a kérdés különben nemcsak a hallgatásnál, hanem sok más gestusnál is felmerül. És erre a kérdésre az összes nyilatkozati körülmények értelmezése adja meg csak esetről esetre a feleletet. A szó, irás, hallgatás mellé sokan a lehető akaratnyilatkozatoknak még negyedik esetét is megkülönböztetik, a melyet mások a hallgatólagos akaratnyilvá-

nítás fejezete alá soroznak, holott egészen más. Erre példák: én a másiknak házába bort küldök és ő azt kiissza, vagy levél útján ruhát rendelek és a szabó rögtön kiszabja. Ezekből a cselekményekből ki lehet olvasni, hogy adásvételi ajánlatom elfogadtatott, de ennél még több is van benne. Elfogadás történt, de nem velem szemben, pedig a szerződés két egymáshoz irányitott akaratnyilvánítás. Ezek azok az esetek, a melyeket Becker *Realofferte-* és *Realaccepte*-nek nevez. Ezek nem a másik félhez irányított, hanem egyoldalú nyilatkozatok. Ilyen esetben tehát vagy azt kell mondanunk, hogy itt nincs szerződéssel dolgunk, hanem csak valami szerződésfélével, mint Hartmann-Pferscher és mások mondják, vagy tágitanunk kell a szerződési akaratnyilatkozatok fogalmán és Windscheid tana szerint el kell ejtenünk az egymáshoz irányítottság követelményét. Hogy ez utóbbi megint nem helyes, már föntebb kimutattuk. Itt minden esetre a szerződési theoriának egy hézaga van.

Míg ma szabály szerint ajánlat és elfogadás bármi módon történhetik és csak bizonyos esetei vannak annak, hogy vagy az ajánlatnak, vagy az elfogadásnak, vagy mind a kettőnek bizonyos formában kell megtörténnie, addig a római jogban még a végső stadiumban is csak négy szerződés az, a mely bármi formában jöhet létre, a melynél tehát a puszta consensus elegendő. Ez a négy úgynevezett consensualis szerződés: az emptio venditio, locatio conductio, societas és mandatum. Minden egyéb szerződésnek előirt formája van. Igy a realcontractusoknak formája az, hogy a dolog átadassék. Itt tehát nem elég a két fél akaratmegegyezése, consensusa, hanem azonfelül az is kell, hogy ez a megegyezés magának a dolognak átadásában nyilvánuljon. Ezek a realszerződések vagy nominatik voltak, ezek a régiebbek, t. i. a belőlük származott obligatióknak külön-külön kereset felelt meg, ilyenek a mutuum, a commodatum, a depositum és a contractus pigneraticius, vagy innominatik, azaz az egyes obligatióknak nem felelt meg külön kereset, és igy a tényállást praescriptio pro actore-ban kellett adni, innen közös actiójuk neve: actio praescriptis verbis, ilyen a csere, a bizomány stb. Míg ma, hacsak a szerződésnek különös formája előirva nincsen, minden szerződés a puszta consensussal perfect, addig a rómaiaknál, ha más forma előirva nincs, mint a realiseknél és a régi litteralis contractusnál, vagy a formátlanság megengedve nincs, mint a consensualis contractusoknál, minden szerződés szóbeli szerződés formájában, azaz bizonyos szavak használata mellett volt kötendő. Ez a szóbeli szerződés a *stipulatio*. Ez a római szerződés typusa. Annyira az, hogy a római jogi theoria a kötelmi jognak szinte egész tanát a stipulatio formájában fejlesztette ki. Az obligatióban álló feleket a stipulatiónak megfelelőleg reus stipulandi- és promittendinek hívja, nem beszél egyetemleges, érvénytelen stb. obligatióról, hanem de duobus reis stipulandi et promittendi, de inutilibus stipulationibus stb. Ennek a stipulatiónak a fejlődése,

Stipulator — promissor.

hogy a középkorban hogy alakult belőle a mai nudum pactum általános érvényének elve, igen érdekes tan. Seuffert: Zur Geschichte der obligatorischen Verträge czimű művében mutatja ki oknyomozólag ezt a fejlődést. A stipulatio formáját tekintve, eredetileg a hitelezőnek (stipulator, reus stipulandi) az adóshoz (promissor, reus promittendi) intézett egyenes kérdése és utóbbinak erre adott szövegében azonos válasza. Eleinte maguk a szavak is elő voltak irva: hitelező kérdi: ezt meg ezt adni spondes-ne? adós feleli: ezt meg ezt adni spondeo. A római polgároknak fentartott ez a forma (az ú. n. sponsio) csakhamar kibővíttetett, a spondes-ne, spondeo helyett a peregrinusok, aztán a rómaiak is más, persze kérdésben és feleletben azonos szavakat használhattak: dabis-ne — dabo, facies — facio, promittis — promitto, még később megengedték az idegen nyelvű hasonértelmű kifejezések használatát is. Sőt Leo császár (469) bármely szó használatát is megengedte, így latin kérdésre görögül lehetett felelni stb. De mindezen formáiban a stipulatio szóbeli szerződés, és mint ilyen csak inter praesentes köthető. Idővel (már Cicero idején) azonban szokássá lett, minthogy a stipulatiónál tanuk nem működtek közre, a szóbeli megegyezés megtörténtének tanúságául erről irást (cautio) felvenni. Ha pedig a promittens igérete ily irással constatálható volt, akkor annak bizonyitásába, hogy a szóbeli stipulatio tényleg megtörtént-e, nem is bocsátkoztak, sőt praesumptio iuris-t et de iuret állitván fel mellette, ez nem is volt megengedve. Ily módon a stipulatio valójában irásbeli szerződéssé lett, bár jogilag még mindig szóbelinek minősült. A cautióval szemben csak azt lehetett bizonyitani, hogy a felek a stipulatio napján, az irás keltének helyén nem voltak jelen. A következő, már Justinianus utáni lépés persze az volt, hogy a felek együttes jelenlétének kérdésébe sem bocsátkoztak és megelégedtek az irásban kinyilvánitott megegyező akarattal. A fejlődés menetébe aztán belejátszott a corpus iuris civilisnek félreértése a pactum tana tekintetében. Pactum volt a római jogban a feleknek puszta megegyezése, a mely azonban a négy consensualisnak nevezett szerződésen kivül, jogi kötelmet nem szült, sőt kivéve a pactum usurarumot még naturalis obligatiót sem. Csak lassú fejlődés következménye volt az, hogy egyes pactumokból mégis perelhető obligatiók támadtak, így a jogászjog által a bonae fidei negotia mellett kötött ú. n. mellékegyezmények (pacta adiecta), a praetori jog intézkedése által a constitutum debiti és mások (pacta praetoria), végül császári rendeletekkel a pactum dotis, a pactum donationis 500 solidusig stb. (pacta legitima). Minden egyéb pactum jogilag irrevelans volt. Ezért a középkori terminologia a pactumokat két főcsoportba osztotta: pacta vestita, jogi hatálylyal járó és pacta nuda, jogi hatálylyal nem járó megegyezések. (A pacta nuda körében, ha kölcsönös szolgáltatás volt kikötve (do ut des, do ut facias, facio ut facias), vagyis a szerződés kétoldalú volt és az egyik fél már teljesitett,

akkor bár a másiktól a viszontteljesitést nem követelhette, mert hiszen a pactumból jog nem keletkezik, mégis azt nyerte, hogy a maga teljesitését condictio sine causával visszakövetelhette. Később már azt is megnyerte, hogy az ellenszolgáltatást is követelhette, a mely elismerésben, a mint azt Karlova, Lenel kimutatják, először a bizományi szerződés (contractus aestimatorius) részesült, a melyet aztán több és több hasonló, t. i. egyik részről már teljesitett pactum követett különösen Lablo tekintélye alapján. Ily módon ezek az egyik részről már teljesitett synallagmatikus pactumok contractusokká lettek, még pedig realisakká, mert hiszen csak egyik fél teljesitése által jönnek létre, és ezek azok, melyeket föntebb innominat realcontractusoknak neveztünk.) Ezeknek a pacta vestitanak félreértése egyrészt, másrészt meg ezeknek egyenesen az eddigi határokon túl kiterjesztési tendentiaja, továbbá a kánonjog befolyása, a mely az egyház számára való lekötéseket alaktalan módon is elismerte, aztán az egyház philosophiája is, a mely az akaratot kezdte hangsúlyozni a nyilatkozattal szemben, a mely a belső gondolkodást, szándékot, akaratot fontosabbnak találta a külső cselekménynél, — ezek voltak azok a tényezők, a melyek alapján a stipulatio, a rendes szerződés irásbeli jellegéből kivetkőzött. Ehhez hozzájárult még az észjogászok szabadakarati theoriája, a mely aztán végleg azt az elvet juttatta diadalra, hogy a puszta akaratmegegyezés elegendő a szerződés létrehozatalára. Úgy, hogy ma szabály az, hogy minden tartalmú szerződés puszta megegyezéssel, nudum pactummal létesithető. A mint tehát a római szerződés typusa stipulatio, úgy a maié a consensualis contractus, az alaktalan szerződés. Ma kivételesek az alaki szerződések, vagyis csak egy vagy több előirt formában köthető szerződések. Hogy mi a forma (a mely nem mindig ünnepélyes azért), előirásnak a czélja, erről már a 65. oldalon szólottunk. Persze az ott kifejtett czél kedvéért az alakszerűséget túlhajtani nem szabad. Igy pl. a porosz Landrecht behozta a mult század végén azt a szabályt, hogy minden szerződés, melynek tárgya 70 tallért meghalad, csak úgy érvényesithető, ha irásba van foglalva. Nagy Frigyes ezzel a könnyű bebizonyithatóságot akarta elérni. Maig is létezik ez a §, de senki sem vesz róla tudomást. Ugyanott azt is láttuk, hogy a régi jogok ügyletei is formalisak, nem a mai czélzattal, hanem a ceremoniához való naiv ragaszkodás miatt. Jhering kimutatta, hogy, ha a római jogban egy czélra több ügylet szolgál (a mi a római jogban gyakori tünemény), akkor a formalis mindig a régibb.

A formának, ha az elő van irva, többféle hatása lehet. Lehet az, hogy ha a felek az előirt formát nem valósitják meg, akkor az ügylet hatálytalan. Ez a voltaképeni formai jogügylet, a melynél a forma lényeges, *jogléteѕitő forma*. Lehet a formának az a jelentősége, hogy a jogügylet a nélkül is létrejöhet, de bizonyitani ezt a jogügyletet csak ebben a formában lehet. Ez a *bizonyitási forma*.

A közjegyzői novellában (1886: VII.) elő vannak sorolva azok az ügyletek, melyek csak közjegyző előtt érvényesek. Ezek igazán alaki jogügyletek. De már a következő §. arról szól, hogy a következő esetekben, a melyeket ott felsorol, bizonyitékul csak közjegyzői okirat használható. Itt tehát nem érvényességi alakról, hanem bizonyitási formáról van szó. A joglétesitő vagy érvényességi forma nem mindig bizonyitó forma is. A végrendelet csak bizonyos alakban jöhet létre, különben nem végrendelet, de ha egyszer a végrendelet létre jött, az lesz az örökös, a ki benne ki van nevezve, még ha a végrendelet el is veszett volna. Ma a házasság csak úgy jön létre, ha két tanú jelenlétében az anyakönyvvezető előtt köttetik, tehát a két tanú érvényességi forma, de ha a házasság egyszer így létrejött, más is bizonyithatja létesülését, nemcsak ez a két tanú. (A házasságkötésnél különben vitás kérdés a hatósági személynek, mint formának jelentősége. Vajjon közreműködő személy-e a szerződésnél, vagy csak adressatus, a kihez a két szerződéskötő fél a maga akaratnyilvánitását irányitja. A helyes nézet szerint csak adressatus, de némi közreműködési részesedéssel. Ha t. i. pl. a tisztviselő holtrészeg, vagy absolute süket, akkor az előtte kötött házasság nem érvényes. A régi német házassági törvény szerint közreműködő fél.) Az előirt formának lehető harmadik szerepe az, hogy néha nem elegendő, hogy a forma pl. az irás a szerződéskötéskor megvolt, hanem a formának további fenmaradása is szükséges, a szerződés, vagy tágabban a jogügylet csak addig existál, mig a forma megvan. Ilyen pl. a váltó. Ez *joghordozó vagy jogmegtestesítő forma*.

Valamely szerződésnek a formáját, vagy a törvény, t. i. jogszabály rendeli, vagy a felek állapodnak meg előre abban, hogy a szerződést bizonyos formában fogják megkötni. Ha a törvény rendeli, nézni kell, hogy azt mint érvényességi, bizonyitási vagy megtestesitő formát kivánja-e. A mikor a felek állapodnak meg előre a formában, akkor ennek kétféle értelme lehet. Vagy azt jelenti, hogy a szerződés majd csak a forma létesitésével jöjjön létre, vagy jelentheti azt, hogy a felek már formátlanul megkötötték a szerződést és csak a bizonyitás kedvéért fognak erről a már különben érvényes szerződésről formát, pl. irást felvenni. In dubio az elv az, hogy a felek nem akarnak előbb kötve lenni, csak a forma létrejöttével.

121. §. Távollevők közti szerződés.

Arra a kérdésre, hogy mely időpontban jött létre a szerződés, felelet: abban a pillanatban, a mikor az elfogadási nyilatkozat a másik féllel szemben érthetően kinyilváníttatott. Ebből következik a forrásoknak az a döntése, hogy ha süket ember stipulál a másiktól valami szolgáltatást és a másik megadja a promittáló választ, a

szerződés még sem jön létre, mert a süket ezt a promissiót meg nem értette. De ha az elfogadó az ajánlatot, az ajánló az elfogadást megérti, akkor a szerződés az elfogadás pillanatában létrejön. Így van ez jelenlevők közt. De vajjon mikor létesül a szerződes távollevők közt. A. 1-én elküldi az ajánlatot, ez a destinált helyre 2-án érkezik meg, B. elolvassa 3-án, 4-én válaszol rá, 5-én elküldi a választ, ez 6-án érkezik A.-hoz, ki azt 7-én elolvassa. Már most ebben a példában mikor jön létre a szerződés? Mert a szerződés létrejövetelének ideje fontos sok tekintetben, pl. a veszély tekintetében. Ha adásvételről van szó és a dolog 5-én per casum tönkre megy, akkor, ha a szerződés csak 7-én jönne létre, a veszélyt még az eladó viselné, de ha már 4-én létrejön, a veszélyt a vevő viseli. Fontos a távollevők közt az a kérdés is, hogy az ajánlattevő mikor vonhatja vissza ajánlatát? A szabály az, hogy az ajánlat visszavonható mindaddig, míg a másik azt el nem fogadta. De mikor tekinthetjük az ajánlatot elfogadottnak, 2 án, mikor megérkezett, 3-án, mikor tudomásul vette stb.? Ez a kérdés igen gazdag irodalmat teremtett, a melynek eredményeit úgy a keresk. jog, mint az új német polg. tk. is átvette. Tisztán formális szempontból, ha a szerződéskötés általános szabályát a távollevők közti szerződésnél mereven akarjuk alkalmazni, akkor a szerződés az elfogadás tudomásul vételével volna megkötve. E szerint csak az ajánlón állana a szerződés megkötése, mert akkorra halasztaná az ajánlata elfogadását, tartalmazó levél elolvasását, a mikorra neki csak tetszik. Megjegyzendő, hogy a távollevők közti szerződést nem a distantia loci teszi, hanem az a körülmény, hogy az ajánlat és elfogadás közvetlen perceptiója lehetetlen. Ezért a telefon útján kötött szerződés nem távol-, hanem jelenlevők közti szerződés. Ha A. hozzám képviselőjét küldi, akkor a szerződés inter praesentes, ha nuntiusát, akkor inter absentes megy végbe.

A kérdés tehát az, hogy ilyen inter absentes kötött szerződés mikor jön létre és meddig vonhatja vissza az ajánlattevő a maga ajánlatát? Az e kérdésekre vonatkozó elméleteket két csoportra lehet beosztani. Az egyik csoport azt mondja, hogy a szerződés mind a két félre nézve egy és ugyanazon időben, egy pillanatban jön létre és eddig a pillanatig sem A. sem B. nincs kötve. Ezt az elméletcsoportot a *szerződés együttes perfectiója elméletének* lehet nevezni. A másik csoport *a szerződés successiv létrejöttének* elmélete, t. i. az egyik fél előbb van kötve, mint a másik.

Az együttes perfectio csoportjában ismét háromféle elméletet kell megkülönböztetni. Mindezek az elméletek az eredmények vizsgálatából eredtek, mert a források e kérdésben nem nyilatkoznak. Az első elmélet abból indul ki, a mit mi az inter praesentes szerződésre mondtunk. Szerinte a szerződés akkor létesül, ha az elfogadás tudomásul vétetett. Ez a *tudomásulvétel theoriája* (Vernehmungs-, Recognitionstheorie). Ez ellen az elmélet ellen, melyet Wächter vall,

gyakorlati aggályok szólnak. Az ajánlattevőnek adja kezébe, hogy mikor tegye perfectté a szerződést és mindaddig vissza is vonhatja ajánlatát. Az elfogadó ki van szolgáltatva az ajánlattevőnek. Ezért ez az elmélet el nem fogadható és így az inter absentes szerződésekre vonatkozólag kivételt kell tennünk az általános szabály alól. Azt teszi is a többi elmélet mind. A második idevágó elmélet azt mondja, hogy nem az elfogadás tudomásulvételének pillanatában jön létre a szerződés, hanem akkor, a mikor az ajánlattevő abban a helyzetben van, hogy az elfogadást tudomásul vehesse. Ha az elfogadó levél megérkezett, hiába nem bontja fel, már megérkezésével perfect a szerződés. Ez az Empfangstheorie, *declarationalis elmélet*, melyet Dernburg is vall. Ez ellen azt lehet mondani, hogy az ajánlattevő visszavonhatja a maga ajánlatát a válasz megérkeztéig, bár az elfogadás már el van küldve. Ha tehát az ajánlattevő a maga ajánlatát az elfogadás megérkezése előtt 1 órával visszavonja, a szerződés nem jön létre. Itt még mindig jobb helyzetben van az ajánlattevő. Aztán meg ez a felfogás logikai szempontból is sok kívánni valót hagy hátra. Ha mi abból indulunk ki, hogy a szerződéshez az kell, hogy mind a két fél egymás akaratát megtudja, akkor ez az elmélet meg nem állhat, mert a levél, a hirnök megjöttével az ajánlatot tevő még nem tudja meg az elfogadó akaratát. Az akarat valóságos megtudását ez az elmélet fictióval pótolja. A harmadik theoria az Äusserungstheorie, *nyilvánítási elmélet*, melynek híve Thöl. E szerint a szerződés létrejön, mihelyt az elfogadó az elfogadási nyilatkozatot megteszi, pl. a levelet megirja. Ez teljesen indokolatlan megoldás. Hisz az ajánlattevőnek itt még sejtelme sincs arról, hogy mikortól fogva van kötve. Ez logikailag még rosszabb, mint a második.

Ezzel a három elmélettel szemben áll a másik csoport: a successiv perfectiónak elmélete. Ez abból indul ki, hogy azt a kérdést, hogy az egész szerződés mikor jön létre, nem kell összezavarni azzal a másik kérdéssel, hogy mikor revocalhatja az ajánlattevő a maga ajánlatát. A szerződés ugyan egy pillanatban jön létre, de azért képzelhető, sőt a gyakorlati következmények egyenesen megkívánják, hogy az ajánlattevőt előbb tekintsük megkötöttnek, semmint a szerződés létrejött. Az ajánlattevő e szerint előbb volna kötve, mint az elfogadó. Ezt az elméletet Jhering és Windscheid vallják. Windscheid szerint az ajánlattevő meg van kötve, mihelyt az elfogadó elküldte a maga elfogadási nyilatkozatát, a szerződés pedig akkor kész, ha az ajánlattevőnek az elfogadás tudomására jutott. Az elfogadó tehát a maga nyilatkozatát annak megtétele után még mindig visszavonhatja, mindaddig, míg az az ajánlattevőnek tudomására nem jutott. Ezt Windscheid azzal okolja meg, hogy az ajánlat is visszavonható az elfogadás elküldéseig, a meddig t. i. az elfogadó a maga részéről mindent megtett, a mit a szerződés megkötéséhez tennie kell, aztán meg nem történik az ajánlattevőn semmi iniuria,

ha az elfogadó a maga nyilatkozatát visszavonja, mielőtt ő azt tudomásul vette volna. Ebben az elméletben azonban indokolatlan az, hogy a két félre nézve más-más álláspontra helyezkedik. Az ajánlattevő kötve van, ha az elfogadó elküldte a választ, miért ne legyen az elfogadó kötve, ha az ajánlattevő kézhez vette, vagyis tudomásul vehette volna a választ. Itt már nem vethető ellen, hogy ez illogikus, hogy hiszen ekkor az ajánlattevő valójában nem ismeri az elfagadó akaratát, már pedig addig nem lehet szerződés. Nem vethető ellen azért, mert a successiv perfectio theoria a szerződést felbontja két egyoldalú jogügyletre, a minthogy valóban az ajánlat is, az elfogadás is ép oly egyoldalú jogügylet, mint akár a végrendelet.

A távollevők közti szerződésre vonatkozó theoriak közül a successiv perfectio elméletének van igaza, vagyis az ajánlattevő előbb van kötve mint az elfogadó, nem pedig egyszerre. Arra, hogy a szerződésben álló felek nem egyszerre köteleztetnek, a jog más területén is van példa. A kiskorúval kötött kétoldalú szerződés negotima claudicans, az egyik felet rögtön köti, a kiskorút csak akkor, ha a gondnok a szerződést jóváhagyja. Vagy pl. több condominus közül az egyik szolgalmat constituál valakinek bizonyos összegért a közös dolgon. A szolgalmas rögtön kötve van, a condominus kötöttsége függ a társtulajdonosok beleegyezésétől. A mi ker. törvényünk is ezt a successiv theoriát vallja a 315—318. §-ban csekély változtatásával a Jhering-Windscheid-féle theoriának. A successiv theoria helyes formában tehát az, hogy mindegyik fél kötve van mihelyt az ő nyilatkozata a másiknak tudomására jutott, vagy juthatott volna, csak eddig vonhatja vissza a maga ajánlatát. Ez sincs minden önkényesség nélkül. Pl. A. elküldi a maga ájánlatát B.-nek, ez csak holnap 12 órakor kapja kézhez, addig A. mindig visszavonhatja. Ha ellenben A. és B. ugyanabban a városban lakik, és A. hordárral küldi el az ajánlatot B. lakására, a hol leteszi, mert B. nincs otthon. A. most már nem vonhatja vissza az ajánlatot, még ha B. csak másnap délben kapja is kézhez. Pedig hát semmi iniuria sem történik B.-n, ha olyat vesznek el tőle, a miről még nem tudott.

122. §. A szerződéskötésnek egyes különös módjai.

Egymást keresztező ajánlatok. (Doppelantrag.) Ez a kérdés az irodalomban, a praxisban is nehézséget okozott. Némelyek szerint ez nem szerződés, és ezt a nézetüket arra alapitják, hogy elfogadásról csak ott lehet szó, a hol ajánlat történt. Pl. én a vasúton kiáltok: hordár, és ugyanabban a pillanatban nem kiáltásomra felelve, hanem azzal egyidejűleg hordár ajánlkozik. Itt két egybehangzó ajánlat történt, egyik sem elfogadás, mert egyidejűleg történtek. A német polg. tvk. a kettős ajánlatot elismeri szerződésnek, szerinte az egyik nyilatkozatot elfogadásnak kell convertálni. Ilyen

eset az is, ha A. B.-nek elküldi az ajánlatot, B. mielőtt még A.-nak ajánlatáról tudna, ettől függetlenül A.-nak szintén ajánlatot tesz, a mely, ha később történt volna, az A. ajánlatának elfogadása lehetett volna. A német polg. tk. ezt szerződésnek minősiti. Persze képzelhető, hogy in concreto én csak akkor akarom a szerződést, ha ajánló vagyok, mint elfogadó nem akarok szerepelni. Leonhard az ő könyvében „Der Irrthum" mondja, hogy a vőlegénynek nem mindegy, ő veszi-e el a lányt, vagy vele vétetik-e el a lányt. De hát az ilyen esetektől eltekintve rendszerint mondhatni, hogy a kettős ajánlat esetén a szerződés létrejön. Ez tehát abban különbözik a rendes schemától, hogy itt az időbeli távolság hiányzik.

Néha *az ajánlattevő nem is várja, hogy a másik fél vele az elfogadást közölje* és ha vár is, belenyugszik abba, hogy a szerződés hamarább jöjjön létre, mintsem ő a választ megkapná. Ez az az eset, mikor az ajánlattevő expressis verbis vagy szokásszerű értelmezéssel lemond arról, hogy B. vele az elfogadást közölje. A bank sorsjegyeket küld és azt irja, hogy a válasz szükségtelen. Ha én semmit sem teszek, hagyom magamnál a sorsjegyeket heverni, és a bank tőlem a vételárat kéri, én megtagadhatom, mert ő engem semminemű válaszra, tehát az el nem fogadás közlésére sem kötelezhet. Az hogy a bank választ nem vár, az nem erre vonatkozik, hanem arra, hogy ha én valami cselekedettel ténylegesen elfogadom az ajánlatot, pl. a sorsjegyeket tovább ajándékozom, akkor ezt vele nem kell közölnöm. Az új német polg. tk. szerint a szerződés meg van kötve, mihelyt az ajánlatot valami cselekménynyel, tettel elfogadtam. Ez ellen azonban több aggály merül fel. Ha én a sorsjegyeket elajándékozom, de 5 percz mulva visszaveszem, a sorsjegyek már el vannak fogadva, én már azokat vissza nem küldhetem, a szerződést vissza nem meneszthetem. Vagy más példában: a könyvkereskedőm küldte könyveket beteszem a szekrényembe, bevezetem a jegyzékembe, ezzel a szerződés meg van kötve. 5 percz mulva meggondolom, kitörlöm őket a jegyzékből — hiába, a szerződés már meg van kötve. Én pl. sürgönyzök a szállodába, hogy erre és erre a napra készitsen nekem szobát. Itt már hallgatólagosan ki van fejezve, hogy válaszra nem reflektálok. A szállodás már most a pinczérnek megparancsolja: készítsd elő a négyes szobát. A német polg. tk. szerint már mostköztünk a szerződés perfect. Később valami előkelőbb úr jön, a német polg. tk. szerint a szállodás már nincs jogositva a szobát tovább adni és ha mégis adja, az előbb rendelőnek kártérítéssel tartozik. Ez pedig nem igazságos, mert ez a sürgönyileg rendelő úgyis el lehetett rá készülve, hogy esetleg nem kap szobát.

A választ nem váró ajánlat semmi esetre sem jelentheti azt, hogy ha válasz nem küldetik, az elfogadásnak vétetik. A hires qui tacet consentire videtur nem állja meg a sarat. Még a német polg. tk. is valóságos elfogadási cselekményt követel, nem hallgatást.

A régi praxis szerint a hallgatás néha elfogadtatott beleegyezésnek, néha nem, ez mindig quaestio facti volt. Pl. zenetanáromnak irom, hogy 1 órakor leczkét jövök venni. Ha nem jövök, meg kell fizetnem az órát, mert itt az ő hallgatása, hogy nem utasította vissza ajánlatomat, elfogadás. A régi praxis, a mely az egészet quaestio facti-nek minősítette, homályosabb ugyan, mint a német polg. tk., de igazságosabb. Az a kérdés különben, hogy történt-e elfogadás vagy sem, a legnehezebb a szerződések egész tanában. Annyi bizonyos, hogy a hallgatás magában véve sem nem elfogadás, sem nem visszautasitás, hanem a többi körülménynyel összevetve, hol ez, hol az. Az olyan ajánlatoknál, a hol tiszta beneficiumok vannak, a hallgatás elfogadás, mert az emberek szeretnek ajándékokat elfogadni. A nem puszta beneficiumoknál megint, ha a másik fél nemcsak hallgatott, hanem belenyúlt a vagyonomba, a mit meg nem tetté tenni nem lehet, ez is elfogadás. Tehát elfogadás, ha az eladásra ajánlott szivart elszívja, a borból iszik, a könyvet felvágja stb. Persze ez sem egészen kétségtelen, mert ő minden kétséget kizárólag kijelentheti, hogy a boromat megiszsza ugyan, de a szerződést még sem fogadja el. Ez esetben azután ő ex delicto köteles a káromat megtériteni. De az nagy különbség, hogy kártérítést köteles-e adni, vagy pedig vételárat, a kártérités sokkal kisebb lehet. Ilyen módon, ha az árt sokallom, a küldött dolgot elhasználom, kijelentvén, hogy a szerződést nem kötöm meg. Erre elő is fordult eset a praxisban. Az ékszerészhez küldtek ékszert azzal a kérdéssel, hogy hajlandó-e azt 8000 frtért megvenni? Az ékszerész ténylegesen rendelkezik az ékszerrel és eladja 10,000 frtért. Pár nap mulva az ajánlattevő, a kit az ékszerész az elfogadásról nem értesitett, igen előnyös ajánlatot kap, valaki az ékszerért 12,000 frtot kinál. Elmegy az ékszerért, ott az ékszerész kijelenti, hogy ő már elfogadta az ajánlatot, hajlandó tehát 8000 frtot fizetni. Döntés: az ékszerész 12,000 frtot köteles fizetni mint kártéritést, mert ez nem olyan eset, mikor a hallgatás elég a szerződés megkötéséhez. Különben azt, hogy a hallgatás elfogadás, in dubio feltenni nem szabad, kivéve, ha olyan a viszony köztünk, hogy rendszerint el szoktam fogadni az ő ajánlatait. Ez különben igen nehéz casuistika, a melyre az itt kifejtett pár értelmezési szabály kevés. De épen ez a pandektarendszer előnye, hogy ezeket a szabályokat meg nem merevitette. A német polg. tk. megmerevítette, ezért könnyebben lesz kezelhető, de igaztalan döntésekre és hamis esküre fog vezetni.

Fontos kérdés a szerződés tanában, hogy mikor és meddig van kötve a két fél a maga nyilatkozatához. Az ajánlattevő kötve van, ha ajánlata a másik félnek tudomására jutott vagy juthatott volna. Eddig a pillanatig ajánlatát visszavonhatja, ezután már nem. Kötve van pedig addig, a míg a másik fél, ha az ajánlatot el akarja fogadni, a választ ismét elküldhette. Ha ez az idő elmulik, az ajánlattevőnek már vissza sem kell vonnia a maga ajánlatát,

az időmulás által elvesztette a maga hatályát. Elveszti végül az által is, hogy a másik fél visszautasítja. Az ajánlat tehát egyoldalú jogügylet, a mely hatályát több módon vesztheti: 1. kellő időben történt visszavonás által, 2. időmulás folytán, 3. visszautasítás miatt, 4. az egyik fél halála folytán. Az ajánlat visszavonhatásának kérdése a praxisban szintén nehéz. Pl. a Svábhegyre A.-hoz hordárral küldöm fel az ajánlatot, $^1/_4$ óra mulva, abban a hiszemben, hogy a hordár csak $^3/_4$ óra mulva jöhet úgyis fel, telefonice visszavonom az ajánlatot. De a hordár már 5 percz mulva találkozott A.-val, a kinek rögtön át is adta az ajánlatot. Kérdés: a telefon útján történt visszavonás érvényes-e? Felelet: nem, már későn történt.

Az ajánlat kötelező voltának kérdésébe vág *az árlejtés útján való szerződéskötés* kérdése is. Itt nemcsak adásvételre kell gondolni, mint a mely a licitatiónak leggyakrabban szokott tárgya lenni. Bármily szerződés megkötését felkinálhatom azzal a czéllal, hogy többeknek részvétele által a feltételeket magamra nézve kedvezőbbekké tegyem. Pl. a város valami munkát ád ki. Ilyen árlejtés volt a iudicium familiae herciscundaenél és communi dividundonál, a biró annak adta a dolgot (ha azt egészben akarta megtartani), a ki a másiknak többet igért. A fructuum licitatiónál (218. l.) a két peres fél közül az nyerte el a pertárgy birtokát, a ki pervesztessége esetére többet igért. Az ilyen árveréseknél már most felmerül a kérdés, ki az ajánlattevő, ki az elfogadó, és mikor köttetik meg a szerződés? (A mai birói árverésről itt nem szólunk, mert azt a végrehajtási törvény szabályozza.) A kérdés tehát az: mikor az árvereltető az első árat kiejti, ajánlat-e ez? Ha ez ajánlat, akkor azzal, ki ezt az árat megadja, a szerződés meg van kötve. Vagy talán nem ő az ajánlattevő, hanem a publicum? A kérdés mind a két irányban nyert megoldást az irodalomban. *Puchta* pandektáiban úgy construál, hogy az eladó tesz ajánlatot, még pedig azt az ajánlatot teszi, hogy én a dolgot annak fogom adni, a ki közületek a legmagasabb árt fogja kinálni. Puchta szerint tehát az ajánlat egyelőre ismeretlen személyhez van adressálva, a ki azonban meg van határozva az által, hogy ő igéri a legmagasabb árt (vagy munka-árlejtésnél: a ki a legkisebb bért követeli). Ezzel az egygyel, de csakis ezzel létrejött a szerződés. *Kindervater* szerint a szerződés már az első árverelővel meg van kötve, de csak azzal a feltétellel, ha ugyan valaki többet igérni nem fog, jobb kinálatot nem tesz. Mihelyt más valaki jobb ajánlatot tesz, az előbbi szerződés felbomlik és megköttetik az új ugyanazon feltétel alatt. Ez római nyelven in diem addictio. Akár így, akár úgy construálunk, a praktikus eredmény az lesz, hogy azzal, a ki végül legtöbbet ád (vagy legkevesebbet kér), a szerződés meg van kötve, vagyis a szerződés okvetlenül létrejön. Semmi kétség, hogy az illető auctio feltételei közt ez szerepelhet. Én kijelenthetem, hogy okvetlenül annak adom a dolgot, a ki legtöbbet igér. Világos azonban,

Ha árverelő és nem az árvereltető az ajánlattevő,

hogy az auctionator azért választja az árverést, hogy a lehető leg jobb üzletet csinálja, nem pedig, hogy károsodjon, oda kényszerülvén adni az árút bármily gyenge kinálatért, csak azért, mert az árverelők közt nem akadt magasabb. Azért helyesebb abból kiindulni, hogy a nyilvános árverésen nem akarják a dolgot bármi áron eladni, hanem csak úgy, ha a kinált legmagasabb ár megfelelő. Ezt csak úgy tudjuk elérni, ha nem az árvereltetőt, hanem *az árverelőt tekintjük ajánlattevőnek.*

A második kérdés az, hogy ha már a publicumot tekintjük ajánlattevőnek, ez az ajánlattevő árverelő kötve van-e a maga kinálatához? Római jog szerint vissza lehetne vonni. Ha nem akarjuk visszavonhatónak venni, a minthogy meg is kivánjuk, hogy az igérő az árverés befejeztéig a maga igéretéhez kötve legyen, akkor ezt az igéretet nem szabad puszta ajánlatnak tekinteni, hanem pactum de emendónak, szóval előszerződésnek. A mai jogban, a mikor az ajánlatot magát is kötelezőnek tekintjük és bizonyos ideig visszavonhatlannak mondjuk, erre az előszerződés constructióra nincs szükség, hanem puszta ajánlatnak fogva is fel az árverelő kinálatát arra az eredményre jutunk, hogy *az egyszer kiejtett kinálat kötelező.*

A harmadik kérdés, vajjon felszabadul-e az árverelő ajánlata alól, ha valaki magasabb ajánlatot tesz. Erre a római jogban positiv intézkedés nincsen. Itt a dolog természetéből kell kiindulni. A felszabadulás ellen az szól, hogy ez practice oda vezetne, hogy az ajánlattevő könnyen menekülhetne ajánlata alól. Minden árverésnél van hordár, koldus, a ki pár krajczárért kimenthetné a legmagasabb kinálatot tevőt azzal, hogy ő többet igér, rajta pedig ezt a magasabb árat megvenni úgy sem lehet. Jhering szerint, valamint a római jogban senes coemptionarii szerepelnek, a kik minden férji jogról való lemondással nőül veszik a tutela alatt álló lányt, asszonyt, csak hogy ez a tutela alól felszabaduljon, úgy vannak, mint ő mondja, liberatores auctionarii is. Épen ezért azt kell mondani, hogy ha az árverelőt veszszük ajánlattevőnek és az auctionatort elfogadónak, akkor ez utóbbit fel kell arra jogositani, hogy a legmagasabb ajánlattevőt figyelembe ne vegye, hanem azt, a melyiket ő akarja. Ez practikus nemcsak ott, a hol hitelbe, hanem ott is, a hol készpénzért vesznek, mert a készpénzvételnél is előbb igérek, csak aztán veszek. Ezek a kérdések a birói végrehajtásra nézve nálunk el vannak döntve, eldöntötte őket az új német kodex is. A végrehajtási törvény 107. és 170. §§-aiban az van mondva, hogy az árverelő köteles annak a számára leütni a dolgot, a ki legtöbbet igér. (Ebben persze nincs kimondva, vajjon az árvereltető-e vagy az árverelő teszi az ajánlatot?) Ha most kisül, hogy ez a legtöbbet igérő nem tud fizetni, nyomban tovább foly az árverés, és az előbbi legtöbbet igérő az esetleges kevesbletért felel. Ez nem practikus döntés, mert ha nincs semmije, hiába felel. A mi döntésünk ellen,

hogy t. i. a későbbi magasabb igéret nem ment fel, azonban az szól, hogy az ingóknál nehezen vihető keresztül, mert ott az emberek jönnek, mennek. Már az ingatlanoknál ez fel nem hozható, mert ott az árverési jegyzőkönyvben a kinálatok feljegyeztetnek. A német polg. törvk. azt az álláspontot foglalta el, hogy az auctionator az ajánlattevő, a közönség az elfogadó és mindenki felszabadul az utána következő nagyobb igéret folytán. A kérdés nagyon nehéz, mert a mi döntésünk ellen az is felhozható, hogy, ha tudom, hogy magasabb igéret által nem szabadulok, nehezebben határozom el magam az árverésre.

123. §. Sajátos tartalmú szerződések.

a) Harmadik személy javára szóló szerződés.

A *pactum in favorem tertii* oly szerződés, mely A. és B. közt köttetik meg abból a czélból, hogy B. valamit szolgáltasson C.-nek. A hitelező tehát nemcsak A. lesz, hanem C. is.

Hasonló tüneményekkel már találkoztunk, a melyek azonban még sem ilyen szerződések. (78. l.) Ilyenek:

1. *A reflexhatású szerződések:* A. és B. kötnek szerződést A. érdekében, A. a hitelező, de ténylegesen, a nélkül, hogy a felek szándékolták volna, javát látja ennek a szerződésnek C. is. Ha az én elhagyatott budai telkem közelébe valaki szép villát épittet, ezzel az én telkem értéke emelkedik, az épittető és épitő szerződésének én is hasznát látom, de ez, mint Jhering mondja, csak reflexhatás.

2. Nem ide tartozik az a szerződés, a melyet A. köt B.-vel azzal a szándékkal, hogy ennek a szerződésileg kikötött szolgáltatásnak hasznát C. élvezze ugyan, de C. csak ténylegesen élvezze az előnyt, jogilag ő semmi előnyben ne részesüljön. A jogot A. nyeri, C. csak a tényleges élvezetet nyeri. Pl. mikor az apa a gyermekének ruhát vesz, a gyáros orvost fogad a munkások részére.

3. Hasonlit rá, de még sem harmadik személy javára szóló szerződés a *képviselet.* Ebben az esetben is A. szerződést köt B.-vel C.-nek az érdekében, sőt itt még azt is akarja, hogy jogositva és kötelezve is ez a C., ez a harmadik legyen. Csakhogy mig a képviseletnél A. ezt a szerződést a C. nevében köti, addig a pactum in favorem tertiinél a maga nevében köti.

4. Még közelebb áll a harmadik személy javára szóló szerződéshez a képviseletnek az az esete, a melyet bizománynak nevezünk. Ennél is A. a maga nevében köti a szerződést a harmadik hasznára, de ez a harmadik személy, a C. nincs is jogositva.

Mindezekkel szemben a pactum in favorem tertii oly szerződés, a melyet A. a maga nevében köt B.-vel azzal a czéllal, hogy ebből a szerződésből jogositva nemcsak ő legyen, hanem C. is. Két személyt nyerünk tehát mint jogositott alanyt. Ennek éppen ellen-

téte az *actiones adiectitiae qualitatis.* Ezek oly szerződések, a melyeknél a hitelező nemcsak a vele szerződöttel szemben nyer jogot, hanem az ennek háta mögött álló harmadikkal szemben is. (L. Kajuch 275—277. l., Vécsey 358—360. l.)

A harmadik személy javára szóló szerződés nem római eredetű. A római jogban csak első csiráit találjuk. A római jog abból indul ki, hogy csak az nyer jogot és kötelezettséget, a ki a szerződésben részt vesz. Unger, kinek erről értekezése van, abból indul ki, hogy a rómaiak egoisták voltak, azért nem ismerték ezt a harmadik személy javára szóló szerződést, mi meg ma altruisták vagyunk. No de hát a mai altruismus is csak szép szó. A római jogban inkább csak technikaiak azok az okok, a melyek azt a látszatot keltik, mintha az ethikai felfogásban volna az eltérés. Az eredmény tagadhatatlanul olyan, hogy a római jognak összbenyomása az egoismus látszatát kelti. De a római élet azért nem volt olyan egoista, mert reparálta ezt az aspectust. A történelmi és személyjogi részben láttuk a rabszolga és ura viszonyát, hogy utóbbi előbbit meg is ölhette stb., de ez csak aspectus, valójában ezt tiltotta az erkölcs, az illem. A forgalmi merevségen enyhitett a fiducia, a mely mint láttuk nem jogügylet (260. és 295—297. l.), a jog területén kivül fekszik, aztán meg azt sem kell hinni, hogy a mindennapi kenyeret mancipatio és in iure cessioval vették meg a rómaiak. Más a kép, a melyet az élet, más, melyet az élet mutat. És a római jog csak kis területét fedi a római életnek. Ma is vannak területei az életnek, a melyek kivül fekszenek a jog sanctióján. Ilyen területek voltak a római életben is, a jog ezeket a területeket csak lassankint hóditotta meg. Nem az egoismus zárta ki a harmadik személy javára szóló szerződést, hanem technikai okok, a melyek részben itt is naiv természetűek, részben czélzatosak. Naiv természetű a kezdetleges jog ügyetlensége, hogy azoknál a személyeknél marad, a kik az ügyletben részt vesznek, mert az már bonyolult, nehezebb valami, hogy A. és B. kössenek szerződést és abból C. húzzon hasznot. De czélzatosság is van benne. A legrégibb ügyletnél a mancipatiónál jelen volt a libripens és 5 tanú, a mi eleinte nem volt formaság, hanem az ügylet garantirozása, ők nemcsak tanuk voltak, hanem tényleg részt is vettek úgy a szerződéskötésben, mint később a perben. Ennek az 5 tanúnak, hogy az ügyletet garantirozhassa, tudnia és ismernie kellett az ügylet minden mozzanatát. Tudni pedig csak azt tudta, a miről ő meggyőződött. Ha tehát elismerték volna, teszem a képviseletet, az ügyletben oly elementum lett volna, a miről ezek a tanuk semmit sem tudtak, mert hogy képviselő lehessen valaki, kell hogy megbizása és felhatalmazása legyen, a mit pedig nem a tanuk előtt nyer. Ezért aztán kizárták a képviseletet. A másik céltudatos ok pedig az volt, hogy az a jog, a mely a képviseletet el nem ismeri, az a jog mindig könnyebben bizonyítható lesz, a perek száma kisebb lesz.

A mi állt a képviseletről, az állt a pactum in favorem tertiiről is. Ez a felfogás Miteis bécsi tanárnak „Zur Lehre der Stellvertretung“ czímű könyvében van feltüntetve. A klassikus jog nemcsak hogy azt nem ismerte el, hogy az ügylet, a szerződés más személyre is kihasson, a ki benne részt nem vett, hanem még azt sem engedte meg, hogy utólagosan menjen át más személyekre. Ezért a cessio is ismeretlen volt. Az ilyen stipulatio tehát, hogy spondes-ne centum Naevio dare, inanis contractus volt, sem a stipuláló nem perelhetett, mert sibi non interfuit, sem Naevius, mert ő nem stipulált. A későbbi római jog lassankint tágitott ezen a szigorúságon, mert a praetori jog már elismeri a képviseletet bizonyos esetekben. Vangerow pandektái felsorolják az erre vonatkozó helyeket. Később az in favorem tertii szerződéseket is kezdik elismerni, a mint azt különösen Biermann mutatja ki. Tágitottak a merevségen két irányban. Egyrészt elismerték a stipulálónak jogát, keresetét, mely in favorem tertii ment, az assignatiót, a mandatumok körében a mandatum alieni gratiát stb. Másrészt még később azt is elismerték, hogy nemcsak A., a stipuláló perelhessen, hanem harmadik is, a kinek érdekében a szerződés köttetett. Megadják neki a stipuláló, az A. actióját utiliter.

A modern jog a római corpus iurisnak ezt a csiráját kinövesztette. Ma a szabály az, hogy elvileg lehető, hogy A. B.-vel szerződést kössön, úgy hogy a harmadik is jogositva legyen. A modern életben erre nagy számmal kinálkoznak az alkalmak. Az ilyen szerződések akár mint főszerződések, akár mint pacta adiecta fordulnak elő. Mint főszerződés pl. a fuvarozásnál, a hol nemcsak a feladó, hanem a czimzett is jogositva van, az életbiztosításnál, melynél nemcsak a biztositó, illetve annak örököse, hanem a kedvezményezett személy is nyer jogokat stb., a részvényjegyzésnél, az alakuló közgyülés után a megalakult részvénytársaság is beperelhet, a mely a szerződéskötéskor még nem is létezett. Mint pactum adiectum: eladom a házamat, de kötelezem a vevőt a mostani bérlők jogainak respectálására, a mely kikötés betartását azután nemcsak én, hanem a bérlők is követelhetik. Más példa: Valaki özvegyasszonyt vesz el, kinek gyermekei vannak. Ilyenkor a házassági szerződésben provisiókat tesznek a gyermekek javára, a melyeket, ha a férj őket be nem tartja, az asszony nemcsak mint szerződő fél, hanem mint gyermekeinek természetes gyámja is perelhet. Vagy pl. veszek birtokot és az eladót az agens provisiójának fizetésére kötelezem. Ez az általános stylus. Az életben mégis nehéz értelmezési kérdés, mikor van dolgunk pactum in favorem tertiivel, mikor reflex hatásúval, mikor tisztán factice harmadik személy javára tendáló szerződéssel. Gyakori eset pl. a kocsibérléseknél, hogy a kocsi gazdájával már megállapodtunk a fizetendő összegben, a mikor ő hozzáteszi, hogy azonfelül tessék a kocsisnak borravalót adni. Ezt lehet pactum in favorem tertiinek felfogni, a mikor is a

kocsis erre a borravalóra perelhetne, lehet facticus hatásúnak venni, hogy a gazda beperelhet rá, de a kocsis nem, ő csak kapja, de lehet egyáltalában nem obligáló szerződésnek is tekinteni. Azután oly eset is lehető, hogy ha a felek meg is egyeztek abban, hogy a harmadik személy csakugyan jogot nyerjen, ők ezt a jogot a harmadik személynek visszavonhatólag akarják adni. Pl. a biztosító szerződést in dubio úgy magyarázzák, hogy a biztosító félnek jogában van életében a harmadiknak a jogát visszavonni. Az a kérdés, mely esetben nyer a harmadik személy csakugyan jogot, és ha nyer, visszavonhatlanul nyeri-e vagy visszavonhatóan, nehéz értelmezési kérdés, a melyre nézve egy szabály sem elégít ki. A német codex idevágó §-a azt mondja, hogy mindez a felek intentiójától függ. Ehrenberg, Jhering veje, ismert kereskedelmi jogász szerint a harmadik személy javára szóló szerződésről tant nem lehet irni, mert ez nem typus, hanem sokféle alakulat.

Ezeknek a harmadik személy javára vagy előnyére szóló szerződéseknek constructiójára nézve többféle elmélet van az irodalomban. Az egyik C.-nek a jogát akkép próbálja megmagyarázni, hogy levezeti A. jogából. C. nem önálló, új jogot szerez, hanem csak azt a jogot élvezi, a mely voltaképen A.-é. Ez az úgynevezett *közvetett elméletek* sorozata. Ezzel szemben vannak más elméletek, a melyek szerint C. nem az A. jogát érvényesiti, hanem az A. jogától független, saját jogát. Ez a *közvetlen elméletek* sorozata.

A közvetett elméletek szerint C. jogot nyer A.-n keresztül. Ezt kétféleképen vélik értendőnek. Az egyik azt mondja: mikor A. B.-vel szerződik, a jogot A. nyeri, de ő hallgatólag, rögtön ezt a maga jogát C.-re cedálja. Ez a *Dernburg cessio elmélete*. A másik úgy okoskodik: A szerződésből A. nyer jogot, de hallgatólagosan felhatalmazza C.-t arra, hogy az ő, t. i. A.-nak jogát érvényesitse. Ez *Bähr Ottó hallgatólagos felhatalmazási elmélete*. Bähr szerint C. csak mandatarius in rem suam, vagyis a római jogban a cessio ismeretlen lévén, az eunek előzményéül szolgáló mandatum ad agendum történt, a mely a cessiótól abban különbözik, hogy a litis contestatióig visszavonható. Mind a két constructio helytelen, mert a tény, a melyből magyaráz, nem történt meg. Sem cessióra, sem mandatum adagendumra a felek nem is gondoltak. De ettől eltekintve, a maga következményeiben is tarthatatlan ez a két constructio. Mert ha akár a cessio, akár a mandatum adagendum igaz volna, C. csak azzal a joggal birhatna, a melylyel A. Már pedig a harmadik személy javára szóló szerződéseknél akárhányszor megtörténik, hogy A. a maga számára egész más jogot köt ki B.-től, mint a milyen C. számára származik. Ha C. igazán ex iure cesso perelné B.-t, B. vele szemben ugyanazokkal a kifogásokkal élhetne, a melyekkel A.-val szemben élhet. Már pedig ez nem így van. C.-nek tehát nem közvetett, nem származtatott, hanem közvetlen joga van.

B.-vel szemben C. nem az A., hanem a maga jogát érvényesiti. Ily alapon is kétféle constructio ismeretes. Az egyik a *Savigny-Vangerow elmélete.* Mikor A. B.-vel szerződik, akkor ő nem más, mint C.-nek a *negotiorum gestora.* Ez az elmélet a harmadik személy javára szóló szerződést összetéveszti a képviselet útján kötött szerződéssel, persze itt oly képviselő útján, kinek megbizása nincsen, de azt utóbb pótolni fogja a képviselt jóváhagyása. A. e szerint a szerződést nem a maga, hanem a C. nevében köti, a mi azonban nem igaz. Ez különben oda vinne, hogy ha C. az ügyletet ratihabeálta, akkor A. többé abba bele nem szólhat, már pedig ez s ncs így. A másik constructio azon nyugszik, hogy A. és B., mikor szerződnek, *közös ajánlatot* tesznek C.-nek, a harmadiknak. Ha C. ezt az ajánlatot elfogadja, akkor a kétoldalú szerződésből háromoldalú lesz és így C. a saját szerződéséből perel. Ez a legelterjedtebb constructio. A mi döntvénytárunk is azt mondja, C. perelhet, vagy sem, a szerint, a mint a maga részéről is elfogadta a szerződést vagy sem. De ez a constructio sem helyes. Fiam, a kinek javára biztositottam magamat, keresetet indithat halálom után a biztositó-társaság ellen, a nélkül, hogy a biztositásról tudott volna valamit. Erre pedig azt mondani, hogy épen a keresetinditás által hallgatólag jelentette ki elfogadási szándékát, felforgatása volna a természetes egymásutánnak: a primus a jogszerzés, a keresetinditás posterius, és nem megforditva. Azonfelül sántít ez az elmélet abban is, hogy a harmadik olyan is lehet, a ki szerződés elfogadására képtelen, teszem 2 éves gyermek javára biztositom magam.

A pactum in favorem tertiiről felállított constructiók közül tehát egyik sem elégit ki. Nem lehet ezt a szerződést sem a cessio, sem a mandatum agendi, sem a negotiorum gestio, sem a collectiv ajánlat nézőpontja alá foglalni, külön kategória ez, a mely a római jogban csak kivételkép jelentkezik, de a melynek általános, minden korlát nélküli elismeréseért olyan tekintély harczol, mint Unger.

124. §. Sajátos tartalmú szerződések.

b) Visszterhes szerződések.

A szerződés lehet egy- vagy kétoldalú, a szerint, a mint csak az egyik felet kötelezi, vagy a másikat is. A kétoldalú megint lehet visszterhes vagy nem visszterhes. Ez utóbbiakról kell bővebben beszélnünk. Visszterhes a szerződés akkor, ha A. kötelezve van valami szolgáltatásra, de úgy, hogy B. is szolgáltat és B. is azért van kötelezve, mert A. is szolgáltat. Mindkét szolgáltatás tehát egyszersmind ellenszolgáltatás is. Ezeknél a szerződéseknél a szabály az, hogy ezek az obligatiók, mint a német mondja, Zug um Zug, Zsögöd plasztikus szavaival: kézen-közön teljesitendők. A. csak akkor köteles szolgáltatni, ha B. is szolgáltat. Ez persze csak cum

grano salis veendő. A bérlet visszterhes szerződés, de a szoba átengedése huzamos időre szól, míg a bérfizetés csak egy pillanat. A két szolgáltatás tehát nem történhetik egyszerre, vagy előre fizet a bérlő (praenumerando), vagy mint a német kis diákvárosokban, utólag (postnumerando). Mindamellett a szabály az, hogy a két szolgáltatásnak egy időben kell történnie egymás ellenében. Ebből az irodalomban kifejlődött az a híres vita, hogy ha A. követeli B.-től a szolgáltatást és B. azzal vág vissza: igen, de hisz te sem tetted még meg, a mivel tartozol, vajjon exceptio-e ez, vagy tagadása a felperesi kereseti alapnak. Az egész inkább logikai kérdés. B. mondhatja, nem igaz, hogy én vételárral tartozom, én tartozom vételárral az árú ellenében, és akkor ez az A. igényének a tagadása. De a B. beszédje az is lehet: én tartozom vételárral, ámde te ennek ellenében árúval tartozol, a mi már nem tagadás, hanem exceptio. Keller az első módon magyarázza a visszterhes szerződést, mások ismét az utóbbi okoskodás szerint B.-nek, alperesnek, exceptio dolit adnak, a melyet az újabbak külön névvel láttak el: *exceptio non adimpleti contractus*. Mint mondtuk, csak logikai kérdés, a B. ellenvetését tagadásnak vagy exceptiónak veszszük-e? Praktikus fontossága az egésznek csak akkor volna, ha annak, hogy a B. védekezése exceptio, összes következményeit levonnák. Ez a következmény pedig az, hogy excipiendo reus fit actor, vagyis a bizonyítás terhe alperest illetné. B.-nek kellene bizonyítania, hogy A. még nem teljesítette a maga kötelezettségét. Ezt a következményt azonban nem vonják le, sőt ellenkezőleg, mind a két elmélet megegyezik abban, hogy a visszterhes szerződéseknél felperesnek kell bizonyítania nemcsak a szerződés megkötését, hanem azt is, hogy ő a maga részéről már teljesített. A. pl. 100 forint vételárt követel B.-től, erre B. azzal védekezik, hogy még nem kapta meg az árút. Ez utóbbit aztán nem B.-nek, hanem A.-nak kell bizonyítania az ellenkezőt, hogy t. i. ő igenis már szolgáltatott árút. Vagy A. vételár követelésére B. azzal felel, hogy megkapta ugyan az árút, de az hiányos (*exceptio non rite adimpleti contractus*). Itt is felperes köteles bizonyítani, hogy bizony ő jó árút szállított. A praktikus következményekben tehát csakugyan Kellernek van igaza. Másfelől azonban megint nem lehet tagadni, hogy a források exceptióról beszélnek. A rómaiak a visszterhes szerződést, mint két egymástól feltételezett, de mégis önálló obligatiót nézik. Tartalmilag tehát alperes védekezése helyesebben exceptiónak minősítendő, csak azzal a sajátsággal, hogy a bizonyítás tekintetében eltér a rendes bizonyítási szabályoktól.

Mint fentebb láttuk, az egyszerre teljesítés elve nem vihető mindenütt keresztül, pl. nem a bérszerződésnél. Ha már most ily esetben az egyik fél beperli a másikat a nélkül, hogy ő még teljesített volna, vagyis követel, mielőtt voltaképen joga volna hozzá, az itéletnek logikailag elutasítónak kellene lennie, utasitani kellene,

hogy akkor pereljen, ha majd ő is teljesített. Praktikus okokból azonban ilyenkor a szabály az, hogy felperes nem fog elutasittatni, hanem alperes el fog marasztaltatni, még pedig feltételesen, vagyis azon feltétel alatt, hogy teljesítsen, ha felperes is teljesíti a maga kötelezettségét. Ha azonban felperes már teljesített, és akkor perli alperest a teljesítésre, akkor nem feltételes, hanem teljes elmarasztalást fog elérni.

Ez ma a szabály, és ez volt Rómában is a szabály a consensualis visszterhes szerződéseknél. Másként állt a dolog az ú. n. *innominat contractusok*-nál. Ezeknél a megállapodás maga még nem létesítette a visszterhes szerződést, hanem csak az, ha a consensuson felül az egyik részről a teljesítés meg is történt, vagyis re contrahitur, magyarul: reális szerződések. Mielőtt az egyik fél nem teljesített, nincs is obligatio. Ha tehát ilyen innominat contractusnál A. teljesített abban a téves hiszemben, hogy B. is teljesített, vagyis nem a szerződés létesítése czéljából, hanem oly hiszemben, hogy ő most már perfect szerződésből folyó kötelezettségnek tett eleget, holott ő még nem volt erre a szolgáltatásra kötelezve, akkor condictio indebitivel élhetett. Viszont, ha abból a czélból szolgáltatott, hogy ez által a szerződést perfectté tegye, vagyis, hogy a másikat is rábirja a maga részéről való teljesítésre, akkor, ha ez a másik nem akar teljesíteni, azt kell mondanunk, hogy A. abban a várakozásban teljesített, hogy kapni fog valamit, de csalódott, vagyis condictio causa data causa non secutával (condictio ob causam datorummal) élhet. A.-nak tehát ilyenkor kettős joga van. Ő követelheti a szolgáltatásnak megfelelő ellenszolgáltatást az actio praescriptis verbissel, ennek helyébe ma a szerződésből folyó actio lépett, de követelheti másodszor a maga teljesítésének a visszaadását vagy az indebiti vagy az ob causam datorum condictióval. A mai jogban az innominat contractusok e specialis szabálya már nem áll, mert ma az összes szerződések consensualisok. Ezért, ha ma A. teljesít, ő ezt vissza nem követelheti, hanem csak az ellenszolgáltatást követelheti a szerződésből folyó actióval. A már átadott árú nem követelhető, csak a vételár.

A bilateralis contractusoknál sajátságos alakulat a *negotium claudicans*. Ez újabb kifejezés azon kép alapján, hogy az ügylet megáll az egyik lábán, nem áll meg a másikon. Épen azért, mert a visszterhes szerződéseknél két obligatio létesül, lehetséges, hogy az egyik érvényesen létrejön, a másik nem. A pupillus a tutor auctoritása nélkül, terhes szerződést nem vállalhat. Ha már most mégis visszterhes szerződést köt, akkor ez a szerződés, a mennyiben őt ebből kötelezettség terheli, nem érvényes, a mennyiben a másik felet terheli, érvényes. Ha ő vevő, neki van actio emptije, de ő nincs kötelezve a szó teljes értelmében, csak naturaliter van kötelezve, az eladó a vételárt tőle nem követelheti, nincs actio venditije. De azért, ha a pupillus a maga követelését érvényesíteni akarná,

akkor excipiendo érvényesítheti a maga követelését. Az eladó tehát közvetetten érvényesíthető obligatiót nyer, mégis azzal a megszorítással, hogy compensatióra nincs joga. Az ő követelése tehát előnyösebb, mint a naturalis obligatio, gyengébb, mint az igazi közvetetten kikényszeríthető obligatio. Ennyiben tehát Windscheidnak igaza van, hogy vannak átmeneti obligatiók.

Ez a negotium claudicansnak fő esete. Soknál azt lehet olvasni, hogy a negotium claudicans relative semmis jogügylet, a mi alatt azt értik, hogy nem semmis, mint a melynek semmi hatása sincsen, nem is megtámadható, mert akkor addig, míg a pupillus megtámadná az eladó követelését, az fennállhatna, holott az nincs így, hanem semmis az egyik félre, t. i. a pupillus kötelezettsége tekintetében ipso iure, a másik oldalon meg absolute érvényes. Csakhogy ez az egész relativ semmisség kifejezés fölösleges és megtévesztő. Teljességgel beérhetjük a két kategoriával, hogy vannak semmis és vannak megtámadható ügyletek (86. l.), relativ semmiség fogalmára semmi szükség. A negotium claudicanst pedig úgy kell képzelni, hogy az az egyik oldalon csak obligatio naturalis, a másik részen pedig civilis. Ez is mutatja, hogy a visztehes szerdésből voltaképen két különálló sorsban részesülő obligatio támad. A negotium claudicausnak a fentebbin kivül persze más esete is van. Én pl. jóhiszemben azt hivén, hogy a ló az enyém, eladom B.-nek, a ki jól tudja, hogy a ló x-é. Ilyenkor én érvényesen adtam el a lovat, vagyis követelhetem a vételárt, ő azonban csak naturaliter vette meg, a lovat nem követelheti, de vételárkövetelésem ellen excipiendo felléphet. Más példa az emptio si mihi placuerit: én megveszem az ön lovát, ha nyolcz nap alatt meg fog tetszeni. Ön rögtön kötve van, én nem. Ön engem a nyolcz napon belül be nem perelhet.

A visszterhes szerződés tanában igen vitás, vajjon az egyik obligatio lehetetlenülésével a másik fél is mentesül-e? Ha tisztán abból a szempontból indulunk ki, mint Dernburg, hogy a visszterhes szerződésnél a két kötelem külön sorsban részesül, mint a hogy azt a negotium claudicans is bizonyítja, akkor azt kell mondanunk, hogy azért, mert az egyik szolgáltatás per casum tönkrement, az ellenszolgáltatás tovább is kötve marad. Ez megegyez a római jognak azon alapelvével, hogy *periculum emtoris est*. Vagyis, ha én eladok valamit és a szerződés megkötése után, de még az átadás előtt az árú elpusztul, akkor én az árú szolgáltatása alól mentesülök, a vevő azonban tovább is kötve marad, a vételárt meg köteles fizetni, vagyis ő viseli a veszélyt. Nem egyez meg azonban ezzel a nézettel a római jognak az a szabálya, hogy a bérszerződésnél *locatoris est periculum*, vagyis a bérbeadó nem követelheti a bért, ha a bérbeadott dolog per casum tönkre megy, nem az sem, hogy ha az eladott dolog az átadás előtt kisajátíttatott, a vevő a vételárat visszakövetelheti, ha már lefizette, vagy hogy ha a vissz-

terhes szerződésnél az egyik fél acceptillatióval mentesül, a másik is felszabadul. Mindezek alapján Baron azt állítja, hogy a visszterhes szerződéseknél, ha az egyik fél nem a másik félnek materialis kielégítése folytán, hanem egész más okból mentesül obligatiója alól, akkor a másik félnek kötelezettsége is megszünik, a mi alól csak a periculum est ~~venditoris~~ szabálya kivétel, a minek eredete történeti okokra vezethető vissza.

125. §. Sajátos tartalmú szerződések.

c) Abstract és materiális (formális) szerződés.

Minden cselekménynek és így minden szerződésnek is meg van a maga oka. Ok nélkül senki sem ad, senki sem igér semmit. Ez az ok, a melyből mi a szerződést megkötjük, mindig az a czél, a melyet ezzel a szerződéssel el akarunk érni. Ezt a czélt, a szerződés, vagy általában az ügylet okát *causá*-nak hívjuk. Ezek a causák annyifélék, hogy taxative őket felsorolni nem is lehet, legfeljebb néhány nevezetesebbet emlithetünk meg. Ilyen fontosabb causák: a *causa donandi*, ügyletet, szerződést kötök, hogy a másikat gazdagitsam a magam vagyonának rovására, *causa credendi*, hogy a másikat magamnak lekössem, *causa solvendi*, hogy eddigi kötelmeim alól mentesüljek. Ezek a leggyakoribb, de nem egyedül képzelhető causák. Ha hozományt adok, akkor ez sem tiszta donandi causa, sem tiszta credendi causa, hanem mindkettőből van benne valami, sőt a causa solvendi is belejátszhatik a *dotis constituendae causába*. Még inkább sui generis causa a *causa condicionis implendae*: elveszem x. kisasszonyt; mert ez az örökség elnyerésének feltételeül van tűzve.

Persze mint minden cselekménynek, úgy a szerződéskötésnek is nem egy egyedül álló causája van, hanem a causák egész lánczolata forog fenn. Ha én a szabónál ruhát veszek, én a vételárt igérem. Teszem ezt abból a czélból, hogy ennek ellenében ő az árú adására kötelezze magát, tehát causa credendi. De itt nem állhatunk még, mert tovább lehet kérdezni, mért akarom a ruhát stb. Már most rendkivül fontos kérdés az, hogy a jogügyletek, és különösen a szerződések terén a jog ezen beláthatatlan causalis lánczolatból mennyit vesz tekintetbe. Ha a szabó a ruhát elhozza és én nem fizetek, a szabó beperel. Ha most ő csak tisztán úgy perel, hogy én igértem neki 50 frtot, tehát fizessek, a biró el fogja utasitani, mert ma a jog nem éri be a puszta szerződéssel, hanem megköveteli azt is, hogy a perlő a tartozás proxima causáját is megmondja. A szabó tehát megnyeri a pert, ha úgy perel, hogy alperes 50 frttal tartozik, mert ruhát igértem és adtam neki. Képzelhető volna azonban, hogy a jog nem elégszik meg a proxima

causával, hanem többet kiván meg a causalis lánczolatból. Ez képzelhető, és egyes esetekben úgy is van.

A causa szempontjából kétféle szerződést, általában ügyletet lehet megkülönböztetni. Vannak jogügyletek, szerződések, a melyeknél a jogi hatás előállítására csak az szükségeltetik, hogy az egyik fél a másiknak bizonyos jogi effectusra irányuló kivánságát kifejezze. Ha pl. én önnek az órát átadom azzal, hogy ön legyen ezentúl a tulajdonos (traditio, dologi — jogi szerződés), akkor, ha az óra öntől x-hez került, a ki az ön tulajdonjogát tagadja, önnek x-szel szemben csak azt kell bizonyitania, hogy én önre a tulajdont átruháztam, de hogy milyen causából, milyen czélból, azt nem. A traditio tehát hatályos tekintet nélkül a causára. A miből az is következik, hogy ha én önnek a dolgot causa solvendi adom, azon hiszemben, hogy én önnek vele tartozom, ön pedig abban a hiszemben fogadja, hogy én azt önnek causa donandi adtam, ön mégis megszerzi az óra tulajdonát, a traditio érvényes tekintet nélkül a causára. Az in iure cessiónál A. előlép a praetor elé: Hanc ego rem stb. a másik hallgat, és ezzel a dolog tulajdona átmegy A.-ra, megint tekintet nélkül a causára. Már a mancipatiónál látszólag szerepel a causa, mert a vevő azt mondja: hunc ego hominem meum esse aio isque mihi emptus est stb., ő tehát azt állitja, hogy solvendi causa kapja a rabszolgát. De ez nem igazi causája a mancipatiónak, hiszen ajándékozni is lehet mancipatio útján. A mancipatióban kifejezésre juttatott causa tehát nem valóságos, hanem fictiv causa, vagyis voltaképen a causa megint irrelevans. Ma pl. a váltónál azt teszszük ki a váltókötelezettség causájául: értékét felvettem készpénzben vagy árúban, de ez sem igazi causa, mert odateszik ezt az ajándékváltónál, vagy más indokból adott váltónál is. A váltónál sem jön hát tekintetbe a causa. Nem jön tekintetbe a causa a római váltónál, t. i. a stipulatiónál sem. Ha egyszer a promissor a stipulator kérdésére, hogy centum mihi dare spondes-ne, azt felelte: spondeo, akkor ő adós tekintet nélkül arra, hogy miért igérte ezt a 100-at. Az ilyen szerződések causájuktól abstrahálva vannak, innen nevük: *abstract szerződések. Ezek tehát olyan szerződések, a melyeknek tényállásába csak az tartozik, hogy az egyik fél a másiknak bizonyos teljesítést ajánl és az elfogadja, de nem tartozik az, hogy ez az ajánlat milyen czélból történt.*

Ezzel szemben vannak szerződések, a melyeknek tényállásához a causa is tartozik, sőt vannak szerződések, melyek csak egy bizonyos causát türnek meg, ez a causa az ő karakteristikonjuk. Igy az adásvevés, bérlet, kölcsön stb. causája mindig a causa credendi, az ajándékot éppen az teszi azzá, hogy causa donandi köttetik meg stb. Ezek a szerződések éppen azért, mert a causa tényállásukhoz tartozik, mert sine expressa causa nem is köthetők, *causalis vagy materialis szerződések.*

A kétféle szerződés között mintegy középhelyet foglalnak el

az olyan szerződések, a melyeknek sok mindenféle causájuk lehet, tehát a causa tényállásukhoz nem tartozik, abstract szerződések, de lehetséges, hogy mégis expressa causa kötöm meg őket, és így az adott esetben mégis materialisok. Ilyen pl. a következő stipulatio: Centum, quae mihi ex causa fundi Corneliani venditi dare debes, dare spondes-ne? Spondeo. Ilyenkor a stipulatio, minthogy expressa causa van kötve, nem abstract, hanem materialis, causalis szerződés. Minthogy a stipulatio abstract, de lehet causalis is, azért Randa neutralisnak nevezi. Regelsberger az első csoportba tartozókat kötött, a harmadikba valókat szabad ügyleteknek nevezi. Sokan az abstract szerződést formalisnak is hívják (65. l.), abból indúlva ki, hogy a feleknek nem kell semmi egyebet bizonyítaniok, csak azt, hogy a szerződési forma betartatott, a szerződési cselekmény megtörtént, hogy miért történt meg, azt nem. De ez az elnevezés félreértésre ad alkalmat, mert ezzel a szóval a sollemnis, ünnepélyes szerződést is jelöljük, holott annak ehhez a thémához semmi köze. De a mi terminologiánk sem egészen correct, mert mi materialis szerződés alatt azt is értjük, a mely csak expressa causa köthető, meg azt is, a mely a concret esetben expressa causa köttetett, de abstracte is létre jöhet.

Igen fontos kérdés, vajjon szabály szerint elismerjünk-e minden ügyletet, mely sine expressa causa jött létre. A kérdés nem az, hogy ne ismerjünk-e el abstract szerződéseket, mert hiszen egyesek vannak a római jogban is (stipulatio, traditio, stb.), ma is pl. a váltó (ha ugyan szerződésnek vennők; de ha nem is abstract szerződés, minden esetre abstract ügylet), az utalvány, a bemutatóra szóló papirok általában. (Itt is látható, hogy a kereskedelmi jog a magánjognál mennyivel liberalisabb, a mely ilyen abstract szerződéseket alig fejtett ki). Nem ez tehát a kérdés, hanem az, vajjon szabály szerint elismerjük-e az abstract kötelezést: igérek önnek 1000 frtot január 1-ére. Vagyis érvényes-e az abstract fizetési igéret.

A régibb pandektajogi praxis és a doctrina tagadólag válaszolt. A római jog stipulatióját, így érveltek, az újabb jog be nem vette, és azért sem az abstract igéretből, sem az ilyen igéretet magában foglaló okiratból (*cautio, quae indiscrete loquitur, cautio indiscreta*) obligatio nem származik. Érvük azonban nemcsak scholastikus volt, hogy t. i. a stipulatiót át nem vettük, hanem praktikus háttere is volt az abstract kötelezés száműzésének. Először az, hogy az ilyen cautio indiscreta igen alkalmas uzsorának és más iniusta causának leplezésére. Másrészt meg tény, hogy a biró előtt is világosabb az ügyleti causát is feltüntető tényállás. Ezzel szemben azonban a következő hozható fel: A milyen kedvező az abstract fizetési igéretet el nem ismerő praxis a tudatlan adósra, ép oly kedvezőtlen az a tudatlan hitelezőre. Hisz akkor ennek a kijátszására nem kell egyéb, minthogy a furfangos adós a tartozásról az ügyleti causát

fel nem tüntető okiratot adjon, a miből kötelem nem származván, a hitelező be van csapva. Aztán megnehezítjük is a hitelező állását, ha megkivánjuk a causa bizonyítását is.

Ezen pro- és contra-okok miatt a praxis újabban ingadozik.

E kérdésre vonatkozólag újabban nagy feltűnést keltett Bähr Ottó: „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" czímű művével, melyben az abstract fizetési igéret érvényességét vitatja. Gondolatmenete körülbelül a következő: Annyi bizonyos, hogy a római jog stipulatiója, verbalis szerződése abstract is lehetett, materialis is. Az is igaz, hogy mi a stipulatiót mint verbal szerződést, nem recipiáltuk. Ámde a stipulatio már Iustinianus idejében sem volt valóságos verbal szerződés. Már régebben szokásban volt ugyanis, hogy a felek a megtörtént stipulatióról irást, cautiót vettek fel. Ha a hitelező ilyen cautiót mutatott fel, e mellett a megtörtént stipulatio vélelme harczolt, úgy hogy adósnak kellett bizonyitania, hogy a stipulatio valóban meg nem történt. Iustinianus idejében pedig a cautio mellett harczoló vélelem már megdönthetetlen volt, a cautio maga kötelezett, ha a stipulatio nem is történt meg. Vagyis a verbalis szerződés helyébe litteralis, mondhatni consensualis (alaktalan) szerződés lépett. Ez a cautio azonban szólhatott discrete is, indiscrete is. Ha pedig az irásbeli szerződésre elismerjük ezt, mért ne állana ez a szóbeli fizetési igéretre is. Hiszen a szerződés kötelező erejének alapja úgy sem az irás, hanem a felek consensusa.

Különösen áll mindez az ú. n. elismerő okiratokra. Mi a causája az ilyen elismerő szerződésnek? Nyilván egész csomó causa, az elszámolás alapjául szolgáló összes ügyleteknek causái. Már most megkivánhatjuk-e a hitelezőtől, hogy ezt a sok causát bizonyítsa, illetve megengedjük-e az adósnak, hogy a causák alapján kifogást tegyen? Nyilván nem. Hiszen a felek épen azért számoltak el, épen azért kötöttek ilyen elismerő szerződést, hogy közöttük minden tiszta legyen. S ha a felek a causától el akarnak tekinteni, a biró se bolygassa azt. Ugyanezt tanitja Bähr a liberatorius abstract szerződésekről. Valamint, úgy mond, az acceptilatio abstract szerződés volt (bár lehetett materialis is), úgy ma is adhatok nyugtát az adósomnak, a nélkül, hogy a liberatio causáját, pl. hogy teljesitett, vagy ajándékozom neki a teljesítést stb. felemliteném.

Bähr tehát oda concludál, hogy a mai jog szerint is sine expressa causa úgy obligatorius, mint liberatorius szerződés érvényesen köthető. A szász polg. tk. a Bähr álláspontját fogadta el. Mások ismét, még pedig számosan, Bährt megtámadták és különösen a cautio indiscretával járó visszaélések miatt a régi pandektapraxist fogták védelmükbe. De az újabb törekvések nagyrészt oda irányulnak, hogy a Bähr álláspontjának elvi elfogadása mellett cautelák állíttassanak fel a visszaélések ellen. Így a német polg. tk. szerint az abstract igéret kötelező ugyan, de csak irásbeli formában.

126. §. Sajátos tartalmú szerződések.

d) Szerencseszerződések.

Aleatorikus (szerencse-) szerződés oly szerződés, a melynél a felek a véletlentől teszik függővé, hogy rájuk ebből a szerződésből előny, vagy hátrány származzék. A római jog ilyenként ismeri az emptio speit, az emptio rei speratae-t, a játékot, fogadást, és a foenus nauticumot. A mai jogok másokat is ismernek: sorsjátékot, életjáradékot, biztosítási szerződést stb. Itt csak a római szerencseszerződésekről szólunk.

1. *Emptio spei*, reményvétel, melynek tárgya pusztán remény. Pl. veszek igérvényt (Promesse), t. i. megveszem valakitől, kinek sorsjegye van, az egy húzásra való reményt, nyerési esélyt. Az ellenszolgáltatás természetesen akkor is teljesitendő, ha a remény nem is üt be. Nem érvényes persze a szerződés, ha akkor köttetik, ha a remény be- vagy be nem állta már bizonyos, vagyis a reményből már valóság lett, a miről persze az egyik fél már tud. Tehát nem érvényes reményvétel, ha a halásztól a halfogást akkor veszem meg, a mikor a kidobott hálót már visszahúzta, ha a lottoczédulát akkor veszszük meg, a mikor már a húzás megtörtént.

2. *Emptio rei speratae*, oly vételi szerződés, melynek tárgya ez idő szerint ugyan nincs meg, de valószinűleg meglesz, pl. megveszem a kancza leendő csikaját, valakinek jövő évi termését. Ez a szerződés magában foglalja a feltételt, hogy csak az esetben jön létre a vétel, ha a dolog tényleg meglesz, vagyis a vételár csak akkor teljesítendő, ha a dolog létrejön. Ha nem jön létre, a vétel megszűnik. Az azonban, hogy a dolog, a mely létrejött, jobb vagy rosszabb minőségű, kisebb vagy nagyobb mennyiségben (persze bizonyos határok közt) jött-e létre, nem befolyásolja a vételár nagyságát, hacsak a szerződés szavaiból más ki nem derül.

3. *Játék* oly szerződés, melynek tényállása az, hogy ketten vagy többen ellentétes feltételek mellett bizonyos nyereségben és veszteségben egyeznek meg, csupán azért, hogy ezzel a merés- és nyeréssel az időt töltsék. A játékszerződés a római jogban tilos és semmis, csak a ludi virtutis causa (birok és harczjátékok) mehettek pénzre. Iustinianus a pénzjátékot csak öt meghatározott esetben engedte meg, de ezeket is csak egy solidus erejéig. Minden más játékadósság semmis, és ha megfizettetett, 50 éven belül visszakövetelhető. A ki kifejezetten a játék lehetővé tétele czéljából ad el valamit, evictióért nem felel.

4. *A fogadás* ellentétes állításokra vonatkozó kölcsönös igéret, hogy az, a kinek állítása helytelen, a másiknak valamit szolgáltatni fog. A római jog a fogadást nemcsak megengedte és perelhetőnek ismerte el, hanem a régi eljárásban bizonyos a legis actionalis formákba be nem szorítható pereket akkép tette lehetővé, hogy a felek sponsio

fogadást (sponsio-t) kötöttek és a biró ezt a fogadást döntötte el és csak igy közvetve hozott itéletet. Épen ezért a felek gyakran csak szinleg kötöttek fogadást és a fogadási összeg megfizetését nem kivánták egymástól, sponsio mere praeiudicialis, a melylyel szemben a megfizetendő fogadás, sponsio poenalis állott. Igen természetes, hogy a római jog, a mely a perben maga megkivánta a fogadást, elismerte azt akkor is, ha nem perre vonatkozott. Csak azt kivánta meg, hogy vagy stipulatio formájában köttessék, vagy pedig a felek a fogadási összeget egy harmadiknál letegyék. Csak az a fogadás érvénytelen, a mely valami erkölcstelenségre, tiltott játékra stb. vonatkozik.

5. *Foenus nauticum, pecunia traiecticia* oly személynek adott pénzkölcsön, a ki a pénzt vagy az érte vett árúkat a tengeren át akarja szállitani, azzal a kikötéssel, hogy a szállitás (tehát az indulás és érkezés közt) veszélyét nem a szállitó, hanem a hitelező viselje olykép, hogy ha az árú, illetve a pénz a szállitó hibáján kivül elmerül, a hitelezőnek követelése megszünik, a minek fejében persze arra az esetre, ha a szállitmány sértetlenül érkezik meg, magasabb kamatot köthet ki (Iustinianus szerint 12%-et). A szállitott árú rendesen zálogául szolgált a kölcsönkövetelésnek, de ezt külön kellett kikötni. A magasabb kamat persze csak a tengeren nem pedig a szárazföldön töltött időre volt szedhető. Jhering szerint a justinianusi 12% épen a szárazföldön a kikötőben töltött időre szólt, míg a tengeri kamat nagysága korlátlan volt, a mi tekintve az elvállalt veszélyt, sokkal rationalisabb is volna, de Dernburg Jheringnek ezt a nézetét Iustinianus szavaival meg nem egyeztethetőnek tartja.

A kölcsönadó másféle veszélyt is vállalhat magára, a mikor *foenus quasi nauticum*-ról beszélünk.

127. §. Egyoldalú jogügylet, mint kötelemkeletkeztető tény.

A szerződésnél sokkal kevésbbé gyakori, de a római jogban mégis elismert kötelemkeletkeztető tényalap az egyoldalú jogügylet. Hogy ez mennyiben keletkeztet obligatiót, arról a systema külön böző részeiben beszélünk. Az örökjogban az örökhagyó egyoldalú intézkedés által kötelezheti az örököst bizonyos szolgáltatásra. Ilyenkor az örökös terhére obligatio keletkezik, a melynek alapja nem szerződés, nem is az adósnak egyoldalú igérete, hanem az örökhagyónak egyoldalú akaratnyilvánitása. Vagy pl. az alapitvány esetében az alapitvány constituálója kötelezi az alapitványt, mint jogi személyt valaminek a teljesitésére. Az ilyen egyoldalú ügyletekről, melyek nem az akaratnyilvánitót, hanem mást köteleznek, itt nem beszélünk. Itt magának az adósnak egyoldalú ügyletéről, igéretéről beszélünk. Arról beszélünk, hogy az egyoldalú igéret mennyiben teszi adóssá az igérőt.

Az obligatiónak saját akaratunkból való létrejöttének rendes esete a szerződéskötés. Szabály a római jogban is, a maiban is, hogy nuda pollicitatio non parit actionem, sem tehát obligationem. De csak kivételesen van ez az elv néhány esetben megtörve. Siegel bécsi tanár irt erről a thémáról „Das Versprechen als Verpflichtungsgrund" czímen könyvecskét, a mely nagy feltünést keltett. Ebben azt fejti ki, hogy ellentétben a római joggal, a melyben a kötelmi jog alapja rendszerint a szerződés, a germán jogokban az adós egyoldalú igérete már maga is kötelemkeletkeztető tényalap. Ennek applicatióját mutatja be a modern jogokban is, különösen a kereskedelmi és váltójogban, a melyekre vonatkozólag munkája korszakot alkotott. Siegel a modern jogok tekintetében azonban téved, mert a mai törvényhozások egyike sem fogadta el szabálynak a germán álláspontot. A német polg. tk. első olvasása ki is mondta, hogy egyoldalú igéretből kötelem nem származik. Ez ugyan később kimaradt, de azért mint alapelv a sorok közt mégis ott van.

Miért nem fogadta el a római jog a nuda pollicitatiót? Hiszen semmi kétség, hogy a szerződéskötésnél is az adós kötelezett voltát az ő igéretével bizonyítjuk? Nem azért köteles 100 frtot fizetni, mert a hitelező így akarja, hanem mert ő elvállalta. De akkor meg mire való a hitelező nyilatkozata? Mért ne legyen elegendő az adósnak kijelentése? Ezzel a problemával inkább philosophikus, mint praktikus okokból számosan foglalkoztak. Hoffmann bécsi tanár „Die Entstehungsgründe der Obligationen" czimű kis művecskéjében oda concludál, hogy forgalmi, biztonsági szempontok azok, a melyeket úgy a római, mint a modern törvényhozások szem előtt tartanak. Hugo Grotius úgy okoskodik, hogy az adós azért köteles teljesíteni, mert az ő igérete a hitelezőben reménységet keltett, a mely arra birhatta, hogy számitásait erre fektesse. Ha már most az adós nem teljesít, akkor úgy érezzük, hogy a hitelező sértve van jogos várakozásában. Az obligatorius kötelezettség alapja tehát kettőből áll: áll az adós igéretéből, de ez még nem elegendő, hanem az is kell még hozzá, hogy a másikban jogos reményeket keltett. Ez az ú. n. Vertrauungstheorie, a mely ma uralkodó. Ha a hitelező meg sem értette, vagy tudomásul nem vette A. igéretét, akkor ez benne reményt nem keltett és megszünt az ok, a melylyel az obligatiót létrejöttnek tekintjük. Ezért az egyoldalú igéret nem lehet kötelező erejű. Ez a kérdés bölcseleti oldala. Ehhez hozzájárul a czélszerűségi biztonsági szempont. Hogy A. tudhassa, hogy ő csakugyan kötve van, kell, hogy a másik azt tudomásul is vette. Ha pedig a másik semmit sem akar, semmi ok arra, hogy miért követeljük mi a neki adott igéret teljesitését. Hisz akkor az is elegendő volna, hogy a papagályomnak mondjak valamit, vagy a levegőbe beszélek. Ha nem kivánnók meg a szerződést, az adós sohasem tudná, hogy a másik számít-e az igéretére, komolyan vette-e és bizonytalanságban volna, hogy áll-e fenn az ő terhére obligatio vagy sem. Ha

valamit puszta hányavetiségből mondok és a másik rámondja elfogagom, számítok rá, még mindig mondhatom, hogy nem így gondoltam. De ha elfogadás nem kell, ha a puszta igéret obligálna, én meggondolatlan nyilatkozatomat vissza sem vonhatnám. Épen ezért azokban a kivételes esetekben, mikor a váltó- és kereskedelmi jog mégis elismeri a puszta igéretet, ott úgy biztosítja az adóst meggondalatlanság ellen, hogy az igéretet bizonyos formához köti (váltó).

Maga a római jog is néhány kivételes esetben elismeri az egyoldalú igéretet kötelemkeletkeztető ténynek. Ezeket az eseteket általános terminussal *pollicitatio*-nak nevezik. De ezt a szót a rómaiak nem használták technikus értelemben, mert jelenti ez a szó a nem kötelező egyoldalú igéretet is, jelenti specialisan a kötelezőknek egy esetét, sőt jelenti a kétoldalú ügyletet is, ép úgy mint contractus az egyoldalút is jelenti. A kötelező ogyoldalú igéret esetei:

1. *Pollicitatio* (legszűkebb értelemben) közczélra tett kötelező igéret. Nagyon régi ügylet, mely alatt a rómaiak a respublicának, Rómának, vagy későbben bármely municipiumnak ob iustam causam tett igéretet értik. Az ilyen igéretből, ha ob iustam causam történt, az illető promissariusnak követelése támad. Megjegyzendő, hogy a források ismételve iusta causaként említik az ob honorem decretum vagy decernendum tett igéretet. Ez tehát nem volt tiszta ajándék, bár későbben azzá fejlődött a pandektapraxisban és már a keresztény császárok alatt is. A rómaiak nem ajándékoznak, a miről Jhering igen szellemesen értekezik. A pollicitatiónak alapja csak valami már tett vagy kilátásba helyezett ellenszolgáltatás lehet, csak akkor van iusta causája, csak ekkor kötelező. Már a későbbi jog ezt a iusta causát liberalisabban magyarázza, sőt kimondja, hogy, ha az igéret teljesítése megkezdetett, a teljesítés befejezendő, ha nem is volt az igéretnek iusta causája. Tehát míg eleinte csak a már kapott vagy kilátásba helyezett értékért, ob iustam causam tett igéret, addig később már a realpollicitatio is kötelez. A források ehhez hozzáteszik, hogy ha már meg is kezdte az igérő a teljesítést, nem kell magát tönkre tennie a további teljesítéssel, vagyona ötödének, örökös gyermekei pedig tizedének felajánlásával mentesülnek.

2. *Votum*. Egyházi vagy egyéb jámbor czélra tett igéret. Valamint ott az állam, úgy itt az egyház a czélalanyok. A votum a keresztény császárság idejében nagyon kiterjesztetett és minden korláttól megszabadíttatott. A régi jogban persze ez is olyan do ut des volt, igéret arra az esetre, ha az isten megsegíti, vagy mert az isten megsegítette.

3. *Közigéret, nyilvános díjkitűzés, pályadíj* (*Auslobung*). Nyilvánosan in incertam personam tett igérete valamely teljesítésnek arra az esetre, ha bizonyos eredmény létesíttetik. Rómában is volt ilyesmi, a mint Bruns nevezi, a *promissio popularis*. A mai pandektakönyvek már elvetik Savignynek azt a nézetét, hogy ez nem volna kötelező és elismerik róla, hogy érvényes. De kérdés, vajjon mint

szerződési ajánlat, vagy mint az adósnak egyoldalú igérete érvényes-e? Ha ajánlatnak veszszük, akkor az obligatio csak az ajánlat elfogadásával jönne létre, és vissza is volna vonható. Ez a felfogás, a mely Windscheid alapján uralkodó, sokat is mond, keveset is. Sokat mond, mert e szerint, mihelyt valaki ezt a díjkitűzést elfogadta, mihelyt valaki az akademiának pályázatára valaki azt mondaná, hogy drámát meg fogja irni, a kitűző kötve volna és vissza nem vonhatná. Már pedig ez tapasztalás szerint nem felel meg a kitűző intentiójának, mert így akárki a nélkül, hogy a létesitendő eredményre valamit tett volna, kötelezhetné őt. Másrészt ez a felfogás keveset is mond, mert oda vezet, hogy ha valaki azt a munkát, a melyre a díj ki van tűzve, elvégzi a nélkül, hogy tudott volna a díjkitűzésről, akkor ő a díjat nem kapja meg, mert ő a díjkitűzésben rejlő ajánlatot nem fogadta el, nem fogadhatta el, hisz nem tudott róla. Pedig ez sem felel meg a díjtűző intentiójának. Ő nem azért tűz ki díjat valamely műre, elveszett kutyája megtalálására stb., hogy ezt mint ajánlatot elfogadják, hanem hogy a kivánt eredmény létrehozóját dotálja.

Az egyoldalú igéret és a szerződési ajánlat elmélete mellett van egy harmadik csoportja is a nézeteknek, középelmélet. E szerint ez szerződési ajánlat, mely elfogadásra szorul, de az elfogadás itt a tényleges teljesités által történik. Realaccept ép úgy, mint a könyvkereskedő küldte könyvek felvágása, a táviratilag rendelt szobának tényleges fentartása stb. Erre azonban csomó kifogást lehet mondani. Először ez az elmélet is cserben hagy, ha a díjkitűzésről nem tudva létesitette valaki a kivánt művet. Ilyenkor a tényleges teljesités nem lehet elfogadás, mert, az elfogadás jogügylet lévén, szándékolt hatású cselekmény, már pedig a díjkitűzésről nem tudó nem szándékolhatta a díj elfogadását. Aztán meg, míg a bizonyos személyhez intézett ajánlatomnál lehetséges, hogy a teljesités elfogadásnak tekintessék, mert ha kétségben vagyok, elfogadta-e az ajánlatot, megkérdezhetem, addig az in incertam personam tett ajánlatnál nincs módomban megtudni, vajjon elfogadta-e már valaki az ajánlatomat vagy sem. Tehát sohasem tudhatom, vajjon kötve vagyok-e már, vagy visszavonhatom-e még az ajánlatomat.

Leghelyesebb tehát a nyilvános díjkitűzést egyoldalú igéretnek tekinteni. Hogy pedig az igérő a teljesitésig kötve ne legyen, azt kell mondanunk, hogy egyoldalú igéret azon felfüggesztő feltétel alatt, hogy kötve van csak akkor, ha valaki az eredményt létesiti. A díjkitűzés tehát a feltételezett teljesités megkezdéseig visszavonható. A díjkitűzés visszavonása esetén természetesen, ha valaki a kivánt munkához hozzáfogott, pl. a kivánt physikai eredmény czéljából már kisérleteket tett, a nélkül persze, hogy már eredményre jutott volna (mert ekkor már nem volna a díj visszavonható), akkor a visszavonás következtében őt érő kárt a díjkitűzőn a negativ ér-

dek erejéig követelheti, a mint azt az ajánlat visszavonásánál is tárgyaltuk.

4. *Praepositio institoris vagy magistri navis.* Czégvezetőnek, üzleti meghatalmazottnak, hajókormányosnak kinevezése. Tudvalevőleg az institor, a magister navis kötötte contractusokból nemcsak ellene, hanem megbizója ellen is származik kötelmi jog. Mire vezethető vissza ez utóbbinak a kötelezettsége? Arra, hogy ő a kötelezettséget egyoldalú igérettel elvállalja, a praepositio által, azzal, hogy ő ezt a czégvezetőt stb. kinevezi. Mások azt mondják, hogy neki fogalma sincs, hogy ő is kötelezve lesz, neki nincs szándéka egyoldalú igéretet tenni, az ő kötelezettsége beáll ex lege. Itt is előáll a kérdés, meddig vonható vissza ez a praepositio. A kirendelő szándékának helyes interpretálása szerint bármikor, tehát a praepositio úgy szól: kötelezem magamat teljesiteni mindazokat az obligatiókat, melyeket institorom vállal mindaddig, míg vissza nem vonom ezt a praepositiót. De már a római jog is védi a jóhiszemű harmadikat, a ki a visszavonásról semmit sem tudott és mégis szerződött az institorral. Ez tehát nem új találmány.

5. Ellenben új *a bemutatóra szóló és rendeleti értékpapir,* mi nem egyéb, mint leirt igéret. Régebben beszéltek arról, hogy az ilyen papirban leirt ajánlat van, a mely elfogadásra szorul. Ez azonban ki nem elégitett, mert köztem és a között, kinek a papirt adtam, még lehetne ugyan szó szerződésről, de a váltó forgatható (tulajdona hátirattal másra átruházható), a bemutatóra szóló papir puszta átadással tovább adható. Ez a harmadik már most hogy jut ahhoz, hogy szerződést kapjon az én irányomban? Erre némelyek úgy felelnek, hogy ez a harmadik a papir előbbi tulajdonosának a cessionariusa. Ez nem állhat meg, mert ha a forgatmány, a bemutatóra szóló papir átadása cessio volna, a forgatmányos nem szerezne több jogot, mint a forgató, a mi pedig nincs úgy. Mások azt mondják, hogy ez a forgatmányos nem successora a forgatónak, hanem ezeket az értékpapirokat úgy kell képzelni, hogy kibocsátójuk ajánlatot tesz mindenkivel szemben, a kire az első hitelező őket tovább adta (akár forgatmány útján, akár a bemutatóra szóló papiroknál puszta átadás által; Unger: Über die Natur der Inhaberpapiere). De ha ez ajánlat volna mindenkivel szemben, akkor vissza volna vonható minden újabbi átruházásnál, míg ez az új tulajdonosuk a bennük rejlő ajánlatot el nem fogadja. Már pedig nem vonhatók vissza, ha egyszer a kezemből kikerültek.

Nem marad más hátra, az ilyen értékpapirokat egyoldalú igéretnek kell vennünk, melynek tényállása az értékpapir kiállítása és irányitva van mindenkihez, a ki vagy a papir birtokában van (bemutatóra szóló papir), vagy a forgatmány lánczolatából kitünőleg hitelező. Az értékpapirok tana különben főleg kereskedelmi-váltójogi théma.

128. §. A vétség, mint kötelemkeletkeztető tény.

Hogy mi a vétség, arra már az általános részben megfeleltünk (92. o.). Láttuk, hogy nem minden tilos cselekmény vétség, ép úgy mint nem esik össze a megengedett cselekmény és jogügylet fogalma. A megengedett cselekményeknek csak egy szűkebb köre az, melyet jogügyletnek nevezünk, ép úgy a vétség is csak szűkebb kör a tilos cselekmény fogalmának tágabb körén belül. Hogy melyek azok a tilos cselekmények, a melyek delictumok, arra elvi határ nincs, az positiv elhatárolás, a melyet minden jog másként dönt el. A római jogban az a munkás, a ki nem teljesítette az elvállalt munkát, nem követ el delictumot, a középkori jogok szerint már igen. Delictumok a római jogban a tilos cselekmények közül azok, a melyeket önálló obligatio-alapul jelöl ki. Ez tehát merőben positiv kérdés, a mint minden jogrendszerben fel is lehet sorolni, hogy melyek a delictumok, ellentétben a jogügyletekkel, melyek számtalan tartalmúak lehetnek. *Vétségek csak azok a positive meghatározott tilos cselekmények, melyek önálló jogkövetkezménynek, még pedig rendesen büntetési vagy kártérítési kötelemnek szolgálnak alapul.* Más tilos cselekménynek is megvannak a maguk következményei, de ezek csak fennálló kötelmeknek változásának szolgálnak alapjául. Ha a depositarius a nála letett dolgot vissza nem adja, akkor később a könyvet lesz köteles visszaadni és kártérítést. De ilyenkor nem azt mondjuk, hogy itt új kártérítési kötelezettség keletkezett a régi helyébe, hanem azt mondjuk, hogy a régi kötelem megváltozott. Ennek sok praktikus következménye van (48. o.)

A delictumoknak a következése sokféle lehet. Lehet nemcsak jogkeletkeztető, hanem jogszüntető tény is. Ilyen az általános részben tárgyalt jogtalan önhatalom (96. l.), melynek nem az a következménye, hogy valami kötelezettség keletkezik, hanem az, hogy jogom megszűnik. Arra sem lehet tehát egységes feleletet adni, hogy a delictumnak mi a jogi hatása. Az általános karakteristikon csak annyi, hogy új joghatás fűződik hozzá, holott más tilos cselekményhez csak jogváltozás. A legnevezetesebb és leggyakoribb hatása a delictumnak az, hogy belőle új obligatio keletkezik annak a terhére, ki a delictumot elkövette. Ez az obligatio ismét kétféle tartalmú lehet, lehet büntetési, lehet kártérítési tartalmú. A delictumból tehát vagy kártérítési vagy büntetési kötelem származik. Hogy mi a kártérítési kötelem, arról már szólottunk, láttuk, hogy azt nem annyira tárgya minősége jellemzi, mert tárgya pénz, hanem jellemzi a pénz mennyisége, annyi pénzt kell szolgáltatni, hogy a károsult érdeke megtérüljön. A büntetési obligatiót sem tárgya karakterizálja, mert az is rendszerint pénz, azt megint czélja teszi azzá, a mi.

A római jog tehát kétféle obligatióról szól, és ennek megfelelően kétféle actióról. Megkülönböztet *obligatio és actio qua poenam és qua rem persequimur*. Hogy mit ért qua poenam persequimur vagy röviden actio poenalis alatt, azt vissza lehet a magyarban adni: büntetési kötelem és kereset. De hogy mi az actio rei persecutoria, arra egyszerűen felelni nem lehet. A kártérítési kötelem nem fedi egészen, az actio rei persecutoria szélesebb valami, pl. a rei vindicatio is rei persecutoria actio. Arndts Ersatzklage-nak nevezi. Voltaképen minden actio, mely nem büntetési czélzatú, rei persecutoria, tehát a contractusból eredő obligatiók, illetve a neki megfelelő actiók is. Van az actióknak harmadik csoportja is, olyanok t. i., melyek büntetésiek is, de mást is tartalmaznak. Ezek az actiones mixtae.

A delictum következménye, a kártérítési vagy büntetési obligatio annak javára áll elő, a kivel szemben a delictum elkövettetett, helyesebben azzal szemben, a kinek érdekében a delictum által megsértett jogtételt az állam kibocsátotta. A római delictumok mint magánbűntettek állanak elő; ily módon a római jogban a poenának, a büntetésnek van oly kategoriája, a melyet a mai jog nem ismer, a *poena privata*, azaz oly követelés, melyet a megsértett fél követelhet a sértővel szemben. A kezdetleges római jog, mint minden kezdetleges jog, csak ilyen poena privatat ismer. A büntetés a sértő félnek és nemzetségének a dolga. Az már haladást jelent, a mikor a társadalom arra ébred, hogy a büntetés nemcsak a sértett dolga, hanem közérdek, hogy a bűntett nemcsak az egyest, hanem a közt is sérti, hogy tehát a köznek is reagálnia kell. Ily módon a későbbi római jogban a poena privata mellé a poena publica lép. Ma kötelmet adunk a sértettnek, de nem abból a czélból, hogy ő a másikat büntesse ez által, hanem csak kártérítési kötelmül. A büntetést nem a magánfél kezébe adjuk, hanem a köznek. Vannak a kettő között fokozatok, pl. az inditványi büntetések. A köz, az állam büntet, a büntetési kötelemnek ő a subiectuma, de csak akkor, ha a sértett fél arra inditványt tesz. Itt ismét további fokozatok vannak. Néha csak az első lökés megtételét adjuk meg a sértett félnek, de ha egyszer ezzel élt, többé az állami büntető gépezetet meg nem állíthatja, más esetekben mindvégig ő disponál. De mindezekben az esetekben megvan az elvi közös vonás, hogy t. i. a magánfélnek csak kártérítési kötelme van. De régibb jogunkban nálunk is ismeretesek voltak a magánbüntetések.

Van a delictumból származó kötelmeknek harmadik faja is, a mikor a keletkező kötelem kártérítési is, büntetési is, ú. n. *actio mixta*. Mihelyt a kötelem a kárnál magasabb összegre megy, az már nem tisztán kártérítési, mert a lyukat, mely a károsult vagyonában keletkezett, nem lehet jobban megtömni, mint a mekkora, és így a kötelemnek a kárt meghaladó része büntetési jellegű. Ilyen az obligatio, illetve actio legis Aquiliae. Ha valaki a dolgomat

megrongálja, a sértett érdeke a dolognak a megrongálásakor volt értéke szerint állapittatik meg, de a sértő nem ezt, hanem a dolognak az utolsó hónapban volt legmagasabb értékét köteles megtériteni.

Függelék. A contractus és a delictum az a két tényalap, a melyből a legtöbb obligatio keletkezik. De az igy keletkezetteken kivül is van még számos obligatio, a melynek elhelyezése a systematikában nehézséget okoz. A malae fidei possessor kötelmét a dologi jogban szokás adni, az alimentationalis kötelmeket a családi jogban stb. Ezek extravagans obligatiók. De még az obligationalis részben tárgyaltak se sorozhatók mind a szerződés vagy a kötelem kalapja alá. Ép ezért a római systema felvette még a quasi ex contractu és a quasi ex delicto csoportokat. A quasi ex contractu obligatióknál csak annyi igaz a névből, hogy nem ex contractu vannak. Azok ex lege jönnek létre és egyik-másik tekintetben valamely contractusból származó kötelem mintájára szabályoztattak. Így a condictio sine causa a mutuum mintájára, a negotiorum gestio, a gyám és gyámolt közti viszony a mandatuméra, a communio incidens a societaséra. Még több értelme van a quasi ex delicto elnevezésnek. Ide oly kötelmek tartoznak, melyek károsító jogtalan cselekményből származnak ugyan, de a melyeknél vagy nem keressük, hogy ki követte el ezt a cselekményt, hanem praesumptio iuris et de iure alapján a valószinű tettesre rójuk a kötelmet, mint pl. az effusa et deiecta esetén, ha a lakásom ablakából kiöntött folyadék a járókelőt sérti, engem büntetnek, még ha nem is én öntöttem ki, vagy magasabb érdekből nem veszszük a cselekményt delictumnak, mint a iudex qui litem suam fecit esetében. De ez az elnevezés is sántit, mert pl. a positum et suspensum esetén még semmi káros eredmény sem jött létre, mégis elmarasztaltatik a járókelőket veszélyeztető tábla kifüggesztő. Mindezek alapján a római beosztás igen gyenge, bár jobbal alig pótolható. A legújabb német codex az obligatiókat egymásutánban sorolja fel minden rend és systema nélkül. Ez persze már túlzás.

III. FEJEZET. A KÖTELMEK VÁLTOZÁSA.

129. §. A kötelmet tárgyilag változtató tények.

a) A teljesités lehetetlenülése.

Valamint a kötelemkeletkeztető tényeket mind nem sorolhatjuk fel a kötelmi jogban, úgy a változtató tényeket sem adjuk itt mind elő. Pl. megváltoztatja tárgyilag a kötelmet, ép úgy mint minden jogot, a litis contestatio, az itélet, de ezekről már az általános részben beszéltünk. Ott láttuk, hogy e két tény által nem új követelés áll elő, hiszen a régi zálogjog és kezesség megmarad. Itt a kötelmi jogban csak három fontosabb kötelemváltoztató tényt emelünk ki. Ezek ugyan szintén nem specialisan kötelemváltoztató tények, nemcsak a kötelmet változtatják meg, de legnagyobb fontosságuk mégis a kötelmeknél van. Ez a három tény: a teljesitésnek lehetetlenülése bizonyos esetekben, a késedelem és a commodum.

A teljesitésnek utólagosan beálló lehetetlenülése mennyiben változtatja meg az obligatio tárgyát? Ha a teljesités tárgya véletlenül válik lehetetlenné, a ló megdöglik, akkor a kötelem rend-

szerint megszünik. Ennek tehát nem a kötelemváltoztató, hanem -megszüntető tények közt van helye. Ha azonban a szolgáltatás az adós hibájából lesz impossibilissé, akkor az obligatio meg nem szünik, hanem megváltozik. A mit mi most a következőkben előadunk, azt a könyvek a vétség tana előtt szokták előadni — helytelenül. Mert a szolgáltatásnak lehetetlenülése nemcsak akkor változtatja meg az obligatiót, ha a lehetetlenülés az adós hibájából áll elő, hanem bizonyos esetekben még az adós hibája nélkül is.

A régi jog megkülönböztetett a stricti iuris és a bonae fidei iudicium között. A *stricti iuris obligatio* tudvalevőleg certi volt, quid, quale, quantum tekintetében előre meg volt határozva, változást nem szenvedhetett. Az ilyen obligatióknál az a szabály, hogy ha a teljesítendő szolgáltatás absolute, mindenkire nézve lehetetlenné vált, akkor az obligatio megszünik, tekintet nélkül arra, hogy az adós hibájából vagy hibáján kivül vált-e lehetetlenné. Ha azonban a teljesítés csak egy emberre nézve is lehető maradt, akkor az obligatio fenmarad. A. B.-nek rabszolgát adott el. Mielőtt átadta volna, elrabolták, a mi reá nézve persze casus, véletlen, nem az ő hibája. Minthogy ennek a rabszolgának átadása absolute nem lehetetlen, vagyis van ember, a ki átadhatná, ennélfogva, noha a mi adósunk sine culpa jutott ebbe a helyzetbe, mégis el fog marasztaltatni, persze nem a rabszolga átadására, hanem mint minden marasztalás, ez is pénzre fog szólani. Viszont, ha ő maga dolose vagy culpose agyonütötte a rabszolgát, a szolgáltatás absolute lehetetlenné válván, obligatiója megszünt. Minden adós tehát felszabadulhat a szolgáltatás alól, ha dolose vagy culpose tönkre teszi a szolgáltatás tárgyát. Rendkivül primitiv eljárás, a melynek oka abban van, hogy a régi jog magát az obiectiv kriteriumokhoz szereti tartani.

A bonae fidei obligatióknál, és minthogy ma minden obligatio ilyen, tehát a mai obligatióknál egészen más az általános szabály. itt általában az áll, hogy a lehetetlenülés megszünteti az obligatiót, ha az adósnak fel nem róható, de csak megváltoztatja, ha fel-róható. Mikor róható fel? Erre a kérdésre Dernburg, Arndts stb. Igen szűken felelnek, mert azt mondják, hogy lehetetlenülésnek az adós hibájából kell származnia. Ezt a kérdést sommásan elintézni nem lehet, ezt részletezni kell.

Felrovatik az adósnak először és kivétel nélkül, ha ő maga dolose szándékosan tette lehetetlenné a szolgáltatást. Ha ő a szolgáltatandó házat felgyújtja, a rabszolgát megöli stb., akkor kötelme nem szünik meg, hanem megváltozik. A megváltozott tárgy érdek- vagy kártérités lesz. Ez a szabály cogens, kényszerítő erővel van kikötve, vagyis a hitelező nem mondhat le arról, hogy a dolosus lehetetlenülés adósnak felrovassék. A *pactum ne dolus praestetur* érvénytelen. Ez persze nem zárja ki, hogy a hitelező erről a szerzett jogáról utólag, mikor a dolosus lehetetlenülés már beállt, le ne

mondhasson. A kártérítés érvényesitésére nem kényszerit, a jog csak azt nem engedi, hogy lemondjunk róla előre, mert ez annyi volna, mint sanctionálni a csalást, gazemberkedést.

Már kevésbbé kétségtelen, hogy ha az adós a teljesitést culpa latajával teszi lehetetlenné, vajjon ez is felróható-e neki? A források ugyan ismételten mondják, culpa lata dolo comparatur, culpa lata dolus est. De éppen az a kérdés, igaz-e ez mindig? Erre a nézetek az irodalomban eltérők. Dernburg támaszkodva Mommsenre (Beiträge zum Obligationsrecht) azt tanítja, hogy ez a tétel feltétlenül áll. Ezzel szemben Jhering, Burghardt helyesen azt állitják, hogy ez a tétel nem minden, hanem csak az ex contractu obligatiókra áll (94. l.). Tehát a contractualis obligatióknál adós culpa latája nem megszünteti, hanem csak megváltoztatja a kötelmet. Hát a levis culpával hogy vagyunk? Erre igen méltányos elvet állitanak fel, csakhogy a római jog nem viszi ezt az elvet következetesen keresztül. Az elv az volna, hogy culpa levis az adósnak csak az esetben rovatik fel, ha az obligatio az ő érdekében is fennáll. Ha a szerződés csak a hitelező érdekében köttetett, akkor az adós culpa levisért nem, hanem csak lataért felel. E szerint a depositum esetében adós azért nem felel culpa levisért, mert a letét a hitelező érdekében kötött szerződés, ellenben a commodatarius levisért is felel, mert a dolgot használhatja. Ez szép szabály volna, de sok alóla a kivétel. Pl. a depositarius, ha maga kinálkozott, a mandatarius, a negotorium gestor a római jog szerint felel culpa levisért. pedig az obligatio nem áll fenn az ő érdekükben, hanem tisztán a hitelezőében. Másrészt meg a precarista, az agrimensor (földmérő) csak culpa lataért felel, holott előbbinek kötelme csak az ő érdekében, utóbbié pedig az ő érdekében is (fizetésért dolgozik) áll fenn. Ezért helyesebb elvi szabály helyett azt a tételt felállitani, hogy a szerződéses viszonyokban az adós culpa lataért épp úgy felel, mint levisért, tehát omnis culpaért, kivéve néhány esetet, t. i. a depositariust, ha nem ő kinálkozott, az agrimensort és a precaristat. Hogy ezek culpa levisért mért nem felelnek, arra többféle magyarázat van. Legjobb a historikus magyarázat. E szerint a depositum, precarium, agrimensor még oly időktől valók, mikor a római jog őket szerződéseknek el nem ismerte. Ámde a szerződésen kivüli obligatióknál culpa levisért semmiesetre sem felelős az adós, igy mind a három mentesül a culpa levisért való felelősség alól, a mi megmarad akkor is, mikor ezek a viszonyok contractusoknak elismertettek. Sőt a római felfogás szerint a precarium nem is contractus, még később sem, mert a használatba adó bármikor visszavonhatja a dolgot, természetes tehát, hogy csak culpa lataért felel. A depositariusnál pláne kifejezetten az az elv áll, hogy csak dolusért felel, és vitás, vajjon nála a culpa lata dolo comparatur-e? Ennek megint az a magyarázata, hogy a letevőnek eredetileg csak delict keresete volt, a mi extracontractualis viszony lévén, csak a dolus praestatur, és ez később

is megmaradt. A precarista és agrimensornak csak dolusra és culpa latara korlátolt felelősségére más magyarázat az, hogy a precarista a földet, melyet mivel, a sajátjának tekinti (az intézmény eredete t. i. az, hogy a római civis bármikor visszavonhatólag földet adott cliensének megmívelés czéljából); már pedig, ha tényleg övé volna a föld, semmiféle gondossággal sem tartoznék. Az agrimensor (földmérő) meg, úgy okoskodnak, régen igen becsült foglalkozás volt, ő ismerte egyedül a betűt stb. és így tiszteletből nem sújtották nagyobb felelősséggel, tőle pedansságot nem kivántak. Ez alapon a pandektapraxis ezt a korlátolt felelősséget kiterjesztette az orvosra, ügyvédre, biróra (a mikor még t. i. magánszerződés alapján, mint választott biró itélt; ma már közjogi functiót végez), ugyanúgy itélvén meg őket, mint az agrimensort. Persze ez nagyon kétélű fegyver. Jó volna pl. az orvostól fokozott gondosságot megkivánni, de ha megint nagyon szigorúra, nagyon szorosra feszitjük meg a húrokat, esetleg elriasztjuk az e pályára törekvőket egyrészt, az ezen pályán már levőket pedig a működéstől másrészt. Aztán meg rendesen eldönthetetlen kérdés is, hogy az orvos követett-e el ú. n. műhibát, terheti őt gondatlanság, mert e tekintetben a szakértőknek a concret esetben adott véleményei rendesen egymásnak ellentmondók. Ezért talán helyesebb is e foglalkozásoknál csak a drasticusabb hibákat, a culpa latat sújtani. A mi birói felelősségünk, a biró közjogi functiót végezvén, formailag nem esik ugyan ez alá a szabály alá, de az ethikai szempont ugyanaz, és azért a mi törvényünk, mely a birói felelősségről szól, szintén csak vastag gondatlanságot emlit, tekintettel a hazai viszonyokra.

A 93. l.-on kifejtettük, hogy a culpa lata és culpa levis elhatárolására az átlagembernek, a római bonus paterfamiliasnak gondossága szolgál mértékül (culpa in abstracto). Vannak azonban esetek, mint már ott is kifejtettük, a mikor mi a culpát nem így mérjük, mikor nem azt kérdezzük, hogy ebben a helyzetben a bonus paterfamilias, hogy szokott eljárni, hanem azt, hogy ez a concret ember hasonló helyzetben hogy szokott viselkedni. Kifejtette-e mindazt a gondosságot, a melyet ő maga hasonló helyzetben a maga ügyeiben ki szokott fejteni? Ezzel mi nem adunk neki privilegiumot a culpa lata elkövetésére, hanem a culpa levisért tartozó felelősségen lazítunk. Csak oly diligentiát kivánunk meg tőle quam quis in suis rebus adhibere solet. Ennek a 93. l.-on adott magyarázaton kivül az is oka, hogy az ilyen culpa in concretóval mért esetekben nem ideig-óráig, hanem állandó viszony van, mely mint a societas, házasság évtizedekre, sőt az egész életre is kiterjed. Azt pedig nem kivánhatjuk meg senkitől, hogy egész életére kivetkőzzön a maga természetéből, ultra posse nemo tenetur.

Másik igen érdekes, e tanba vágó kérdés, vájjon a *lex Aquilia* áll-e oly esetekben is, mikor szerződésileg csak dolusért volna az adós felelős? Pl. én letétbe teszem a dolgomat B.-nél. B. csak

dolusért, vagy némelyek szerint még culpa latáért is felel, de culpa levisért nem. Meg van azonban a római jogban az a szabály, hogy másnak a dolgával szemben summa diligentia járjunk el. Ezt a lex Aquilia rendeli, mely szerint még levissima culpa esetén is delikt kereset támad a kárttevő ellen. (Ez az egyedüli eset, hogy a culpa extracontractualis viszonyban is praestatur.) Hogy leszünk már most, ha B. a nála letett dologban culpa levissel kárt okoz. Actio depositi directával nem fordulhatok ellene, mert ex deposito culpa levisért nem felel. Vajjon indítható-e ellene az actio legis Aquiliae, a melynek alapján a culpa levis okozta kár is követelhető, és a mely indítható volna ellene minden esetre, ha köztem és közte semmiféle contractualis viszony fenn nem állna. Ez vitás. Némelyek szerint megindíthatom, mások szerint nem. Ebben a kérdésben voltaképpen kettő az, a mit meg kell különböztetnünk. Meg kell különböztetni azt az esetet, mikor a contractualis viszonynál fogva valakinek meg van engedve oly cselekmény, a mely különben nem volna neki megengedve. Ily módon, ha a dologban kár esik, nem az ő culpája folytán történik az, mert culpa est se immiscere in rem se nihil pertinentem. Ha látogatóba megyek önhöz, és az asztalán álló vázát akár csak culpa levissima folytán is eltöröm, felelek, mert nekem az ön dolgaihoz nyúlnom nem szabad. De ha a vázát reparálás végett hozzám adja és az ugyanazon kézmozdulat folytán eltörik, nem felelek, mert nekem a munkabér szerződésnél fogva szabad, sőt kötelességem is hozzányúlni. Ekkor tehát ez a kézmozdulatom már nem lesz culpa, és így, holott előbbi esetben a lex Aquilia alapján feleltem, most nem fogok felelni. Ez csak trivialis ismétlése annak, hogy a mi meg van engedve, nem lehet tilos. De lehet másodszor, hogy a contractualis viszonyban bizonyos cselekmény nincs ugyan megtiltva, de nincs is megengedve. Ha ilyenkor ebből a meg nem engedett, bár nem tilos cselekményből valami kár származik, akkor igenis felelek a szerződéses felelősségen kivül a lex Aquilia alapján is. V. ö. fr. 5. §. ult. D. 9. 2. Ott arról van szó, hogy a csizmadia a hozzá tanonczul adott fiút kelleténél erősebben megveri, úgy, hogy szemét kiüti. Felmerül a kérdés, hogy ezért felel-e és mennyiben? Julianus azt mondja: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti, sed lege Aquilia posse agi non dubito. A bérszerződés alapján, úgymond, nem igen felel, mert mint mesternek bizonyos büntetésre joga van, tehát csak culpa levissima okozta a kárt, a melyért pedig ő a szerződés alapján nem felel, de kétségtelenül felel a lex Aquilia alapján. Az eredmény tehát az, hogy a contractualis viszonyokban az adós a lex Aquiliáért is felel, kivéve, ha az a cselekmény, a mely különben a lex Aquilia alá esnék, a contractualis viszony által meg van engedve. Ha nincs megengedve, még mindig meg maradt tiltva a lex Aquilia által.

Felrovatik harmadszor néha a lehetetlenülés, ha a teljesités lehetetlenülését az adósnak még csak culpája sem okozta. Ide tar-

tozik először az az eset, ha oly valakinek culpája vagy dolusa okozta a lehetetlenülést, a kiért az adós a törvény erejénél fogva felelős. Nem ide tartozik azonban az az eset, ha közvetlenül ugyan más valaki, de közvetve mégis az adós okozta a lehetetlenülést, mert alkalmat adott arra, hogy ez a másvalaki ezt a kárt okozhassa. Tehát nem ide tartozik *a culpa in eligendo*, rossz, alkalmatlan embert választottam a szolgáltatás véghezvitelére, *culpa in custodiendo*, rossz módot alkalmaztam a szolgáltatás, illetve tárgy megőrzésére és épúgy nem ide tartozik, a miről szintén lehetne beszélni a culpa in instruendo, rosszul tanítottam be az alkalmazott embert. Mindezekben az esetekben én magam vagyok közvetett okozója a kárnak. A kárt az én culpám okozta, és ilyenkor a magam culpájáért, nem másért felelek. Persze, hogy milyen gradus culpa in eligendo-ért stb. tétetem felelőssé, az ismét az illető viszonytól függ. Itt nem ezekről van szó, hanem arról az esetről, mikor valóban másnak dolusa és culpájáért felel az adós. Ilyen eset, hogy a dominus felelős az institor culpájáért és dolusáért, és hogy a locatio conductio operisnél a conductor felelős segédszemélyzetéért. Ez csak kezdete annak a fejlődésnek, a mely ma modern irányzattá vált, hogy t. i. mindennemű contractualis viszonyban az adóst felelőssé tegyük azon embereknek a culpájáért és dolusáért, a kiket ő alkalmazott. Ez a modern jogok tendentiája, de még a római jogban nincs általánosságban elismerve. Ma is azonban ingadoznak a vélemények, hogy ezt az elvet mennyire kell általánositani. A dominust felelőssé tenni segédjéért, ha elküldi hozzám dolgozni és e közben kárt okoz, ez helyes, és ennyit a római jog is kimond, de felelőssé tenni, ha a segéd nálam lop, már túllő a czélon, beláthatatlan következményekhez visz.

Az, hogy az adós másnak a dolusáért és culpájáért felel, csak esete annak, hogy bizonyos esetekben casusért is felel. Másnak dolusa, culpája rá nézve casus. A casus tekintetében szabály az, hogy *casus a nemine praestatur*, casusért senki sem felel. (Ez helyesebb szövegezése az elvnek, mint positiv formában: casum sentit dominus; mert pl. az adásvételnél az eladó nem viseli a casust, holott még ő a tulajdonos.) Ez alól csak két kivétel van. Egyik a fenti, a mikor az adós a törvény egyenes rendelkezésénél fogva másnak culpájáért és dolusáért felel, a másik kivétel meg a caupo (szállodás), nauta (hajós) és stabularius (istállógazda), a kik casusért is felelnek. Más kérdés, jogositva van-e pl. a szállodás azt követelni, hogy az ékszerek az irodában leteendők, különben értök felelősséget nem vállal. Római jog szerint nem. Az ő felelőssége cogens szabály. Már a megőrzés-modalitást meghatározhatja, pl. megkivánhatja, hogy az értéktárgyak nála bejelentendők. A római jognak ezt az elvét a nautáról átvitték a modern fuvarozóra, vasútra, gőzhajóra. Mindezek casusért is felelnek, de csak a *vis maior* határán innen, a mi alatt, hogy mit kell érteni, lásd 94. l.

Függelék. Vannak irók, különösen Baron, a kik az alól a szabály alól, hogy casus a nemine praestatur semmi kivételt sem engednek meg, és azt a mit mi ilyenkép felállitottunk, máskép igyekeznek megmagyarázni. A régibb irók e czélból a culpának harmadik fokát, a culpa levissimát állították fel, a mi nyilván tévedés, mert bár a de lege Aquilia titulusban meg is találjuk ezt a kifejezést, ott úgy szólván, csak mint költői túlzás, de nem mint külön elhatárolt egység van felemlitve. Aztán meg, ha a szállodából az én órámat ellopják, a szállodást még culpa levissima sem terheli, mégis felel. Baron ezzel szemben másként jár el. Ő a casus fogalmát megszoritja, csak azt a kárt sorolván ez alá, a mi általában nem emberi szándékból vagy gondatlanságból származik. Nem casus tehát, a miért a conductor felel, mikor alkalmazottja hibájáért felel, ő ekkor culpam praestat, csakhogy nem a maga, hanem másnak a culpáját. A mi pedig a nautát stb. illeti, arról is elismeri Baron, hogy nem a maguk culpájukért felelnek, hanem felelnek másért. E czélból ő felállitja mint külön fogalmat: a *custodia*-t, a mely fogalmat ingó dolgokért való felelősségre alkalmaz. Szerinte ingó dolgok tekintetében kétféle custodia kivánható meg: obiectiv custodia, a dolog nálam legyen, az én ingatlanomon és subiectiv custodia, a dolgot őrrel stb. őriztessem. A mikor csak obiectiv custodiával tartozom, akkor csak a magam culpájáért felelek, így ha a magam dolgával a bonae fidei szerződés alapján tartozom, pl. eladó vagyok, vagy ha másnak dolgával tartozom rám nézve nem előnyös ügylet alapján, pl. ha depositarius, mandatarius vagyok. Ha pedig subiectiv, vagy Windscheid elnevezése szerint technikai custodiával tartozom, akkor a dolgot személyesen kellene őriznem vagy őriztetnem, és így minden a dolgot érő kárért felelek, kivéve vis maiort és más erőszakos módot, pl. erőszakkal ellopják, elrabolják a dolgot: custodia adversus vim parum proficit. Ide tartozó esetek volnának, mikor a dolog rám nézve előnyös ügylet alapján van nálam, vagyis a nauta és caupo, a stabularius, a dolog- mű- és munkabérlő, a commodatarius, a záloghitelező, továbbá ha nincs is az ügylet érdekemben, de magam toltam fel magam pl. depositariusnak, ide rokonul a negotiorum gestor is stb. Mindezek tehát fokozott gondosságért tartoznak, diligentia exacta vagy exactissimával, a mi tehát harmadik fok volna a diligentia quam bonus paterfamilias és quam in suis rebus adhibere solet mellett.

Baron ezen tanával szemben a következőket kell kiemelnünk: A források a diligentia exactát vagy exactissimát nem mint külön fokot emlitik, hanem az abstract, a bonus paterfamilias gondosságát nevezik így az enyhébb culpa in concretóval szemben. A. mint általában a diligentia nem is valami külön gondosság, bár a források a culpa mellett gyakran diligentiáról külön is tesznek említést, beszélvén culpam et diligentiam praestariról. Ennek históriai magyarázata az, hogy a régi jog culpa alatt csak káros gondatlan faceret értett, a gondatlan abbanhagyást nem nevezte culpának. A római jogtudománynak hosszú küzdelem után sikerült a kétféle gondatlanság megitélését egységesiteni, a mi úgy látszik, először a commodatumnál történt. (L. 5. §. 3. D. 18. 6.) Az úgy positiv mint negativ gondatlanságot egyaránt kizáró gondosságot nevezték együtt diligentiának. Ott tehát, a hol a források omnem diligentiam kivánnak meg, még nem tesznek felelőssé casusért, hanem csak culpáért, persze levisért is. A megkivánt diligentia ingó dolgokra vonatkozólag persze custodiával is járt, de annak nagysága nem a Baron adta mértékkel határozódott meg, hanem megint csak vagy a bonus paterfamilias, vagy a concret ember rendes őrzési gondosságával. Ez a custodia, a mely, mint Brinz helyesen mondja, számos cselekményekből (őrállás, bekerités, elzárás, javitás, cautio damni infecti követelés stb.) alakult species, vagy magából a szerződésből folyik, vagy külön szerződésben kiköthető, vagy mellékegyezménynek lehet tárgya. Pl. a depositarius semmiféle custodiát sem tartozik alkalmazni, mert a depositum csak a hely átengedésére, nem a megőrzésére irányul, úgy, hogy ha a dolgot megőrzésre adom, az nem depositum, hanem mandatum. A mikor a custodia szerződésileg van kikötve, kiköthető persze annak mértéke is, tehát esetleg a

a casusért való felelősség is. De ilyenkor az illető nem a custodia folytán felel a casusért, hanem a szerződés alapján. Vagyis a ki custodiáért felel, még nem okvetlenül felel a culpa határain túl. Helytelen tehát Baron nézete, mikor egyrészt az omnis diligentiát culpa határán túl kiterjesztett felelősségnek nézi és ez alapon ilyen fokozott felelősség kívánalma alá helyezi a commodatariust, záloghitelezőt stb., kik valójában csak omnis culpáért felelnek, másrészt pedig midőn a fokozott felelősséget a custodiával magyarázza, holott abból, hogy custodiával tartozunk, a felelősség terhére semmi sem foly, sőt ellenkezőleg inkább a felelősség nagyságából kell a custodia mérvét meghatároznunk.

130. §. A kötelmet tárgyilag változtató tények.

b) A késedelem.

Ha az adós nem teljesít, akkor a mikor neki teljesítenie kell, ez által bizonyos feltételek mellett az ő tartozásának a tárgya módosul, mással tartozik, vagy többel, mint azelőtt. Rendesen kétféle késedelemről beszélünk, mora debitorisról és mora creditorisról. Azonban a kettő nem esik egészen egy szempont alá. A mora debitoris kötelesség mulasztás, a másik nem az. Az adós köteles teljesiteni, a mikor az ideje megjött, de a hitelező nem köteles elfogadni. Az adós jogtalanságot követ el, ha nem teljesít, de a hitelező semmiféle jogszabályt nem sért, ha a teljesítést nem fogadta el. Néha a látszat csal. Ha én megveszem valaki erdejének a fáját, én mint hitelező kapom a fákat. De én megvehetem úgy, hogy köteles vagyok őket egy hét alatt elszállítani. Ha most nem szállítom el őket, a látszat olyan, mintha én, mint vevő, mint hitelező esném késedelembe, morába. Pedig nem úgy van, én ilyenkor mint adós esem morába, mert nem az adásvételből folyólag, hanem ahhoz fűzött pactum adiectum alapján tartozom őket elszállítani, a mely pactum adiectumban én vagyok az adós. Az adós morája jogtalanság, nem az a hitelezőé. A késedelem a hitelezőnek tehát nem azért rovatik fel, mert jogtalanságot követett el, hanem mert jogtalanság volna, ha az adós viselné annak következményeit. A források ilyenkor nem szólanak moráról, késedelemről, hanem úgy beszélnek: per creditorem stat, quominus obligatio non repleatur. A késedelem, mint a kötelmi jog általános tanainak nagy része általános, az egész jog területére kiterjedő érvényű, itt csak a kötelmi jogban való nagy fontossága miatt taníttatik.

I. *Mora debitoris vagy mora debendi.* Az adós késedelmének tényállása az, hogy nem teljesitette a maga tartozását a hitelező felhivása, interpellatiója daczára akkor, mikor teljesitenie kellett volna. A mora debitorishoz tehát három kell. Kell először, hogy a tartozás esedékes legyen. Esedékes a tartozás, ha az actio nata est, ha a hitelező a maga követelését akár biróilag is érvényesithetné. Míg tehát a dies, a condicio be nem következett, míg a hitelező actiója ellen exceptio érvényesithető, a tartozás nem esedékes. De

a tartozásnak esedékessége még nem elég az adós késedelembe eséséhez. Kell másodszor a hitelező részéről jövő megintés, *interpellatio*. A római jog abból indul ki, hogy dies in dubio pro reo est, vagyis a hitelező a dies, a fizetési idő letelte előtt nem követelhet, csak az után követelhet. A római jog felfogása az esedékességről az, hogy a hitelező ekkor van jogosítva követelni, de nem az, hogy az adós felszólítás nélkül is köteles volna fizetni. A germán jogok az ellenkezőt vallják, ott az az elv, hogy mora fit ex re, a mora az esedékességgel együtt beáll, a római jogban mora fit ex persona, csak a hitelező interpellatiójával áll be. Ennek az interpellatiónak, ennek a megintésnek abban kell állania, hogy a hitelező érthetően, akármilyen formában kifejezi azt az akaratát, hogy most már követel. A számlaelküldés még nem interpellatio, már a nyugtatott számla elküldése igen. A megintésnek oly részről kell bekövetkeznie, a kinek joga van a követelés fölött disponálni. Tehát meginthet a hitelező már a pupilus nem. A megintésnek kellő időben és kellő helyen kell történnie, különben nem lehet komolyan venni, tehát csak opportuno loco et tempore. A középkori irók háromszori megintést kivántak meg, a mi úgyis megtörténhetett, hogy a hitelező egymásután mondta solve, solve, solve. Hogy a negotiorum gestor inthet-e, vitás. Helyesebb neki ezt a jogot meg nem adni, mert a hitelező esetleg utólag jóvá nem hagyja és aztán fizetni sem köteles az adós a negotiorum gestornak, nem köteles tehát intését sem elfogadni. Vannak kivételes esetek, a mikor nem kell interpellatio. Ilyen, ha az adós fel nem található. Ilyenkor az intés nem eszközölhető. Ma a formalis jogokban, pl. a váltónál még ekkor sem engedjük el az intést, szélóvást veszünk fel, a civiljog szerint az intés elmaradhat. Szükségtelen másodszor az intés, ha az obligatio ex delicto származott *fur* (értve alatta minden delictumot elkövetőt) *semper moram facere videtur*, semper in mora est. Rá mindjárt a tett elkövetése után, azok a szabályok állanak, a melyek a többi adósnál csak az intés után, pl. casusért is felel. Harmadszor elmaradhat az interpellatio, ha a felek ez iránt megállapodnak, a mikor is *dies interpellat pro homine*. Kérdés, vajjon ilyen megállapodásnak vehető-e, ha a felek a szolgáltatás idejét megállapítják? A közelebb fekvő és a római források követte felfogás, hogy nem. A középkorban azonban szokásszerűleg kifejlődött a pandektapraxisban a germán jog hatása alatt az ellenkező elv. A német polgári tvk. is ezt az elvet követi, úgy rendelkezvén, hogy, ha a szolgáltatás ideje kalendáriumi nappal tehát datumszerűleg van meghatározva, akkor az interpellatio nem szükséges. A Code Napoleon szerint, ha datum ki is van tűzve, interpellatio mégis szükséges a mora beálltához, kivéve, ha a felek az ellenkezőt előre kijelentik.

Ahhoz, hogy az adós morába essék, harmadszor az kell, hogy az a tény, a melyért ő nem teljesített, neki felróható legyen. Hogy mely tények róhatók fel neki, arról a lehetetlenülésnél beszéltünk.

Technice véve mora tehát csak akkor van, ha a késés neki felróható tényen alapszik. Nem mora tehát, ha vis maiornál fogva nem teljesíthet 8 napig. Erre szeretnek a mai gyárosok sztrájk esetén hivatkozni. Helytelenül, mert a sztrájk nekik felróható tény, az e miatt beálló szállítási késés igenis mora. A bizonyítás tekintetében az áll, a mi a culpánál. Ha a szolgáltatás lehetetlenül vagy ő késedelembe esik, nem a hitelezőnek kell az adós culposus voltát, a morának neki felróhatóságát bizonyitani, neki kell magát exculpálnia. Persze a szó itt nem egészen talál, mert más is felrovatik neki, nemcsak a culpa. Ez az a hires vitakérdés, hogy a mora mindig kell-e, hogy culposus legyen. Windscheid nyomán az uralkodó nézet, hogy a mora csak akkor rovatik fel, ha culposus. Ez helytelen. Az igaz az, hogy a késés akkor mora, ha a késés adósnak felróható az előbbi §-ban kifejtettek szerint. Méltányossági szabály a római jogban, hogy az adós nem esik morába, ha bebizonyitja, hogy nem tudta, hogy teljesíteni kell, és tévedése menthető. Megjegyzendő, hogy bár a nyelvérzék szerint késedelemről csak akkor beszélünk, ha az adós most nem akar teljesíteni, de később igen, holott nem nevezik késedelemnek azt, ha az adós általában megtagadja a teljesítést, a jog szempontjából ez utóbbi is késedelem, mora. Lehetséges, hogy az adós azért nem teljesít, mert a szolgáltatás általában lehetetlenné vált. Itt meg kell különböztetni, vajjon ez a lehetetlenülés neki fel nem róható-e, mert ez esetben mentesül, vagy pedig felróható-e, a mikor is kártérítéssel tartozik. Lehet, hogy a szolgáltatás most nem lehető, de később lehetővé lesz. Ez esetben a tartozás nem szűnik meg, hanem később kell teljesiteni. Ilyenkor ismét két eset lehetséges, vagy felróható neki ez az időleges lehetetlenülés, és akkor késedelembe esett a lehetetlenülés daczára, vagy nem róható fel neki, és akkor a késedelem hatásai nem állanak be. Ez mathematice van így. Praktice azonban nehéz kérdés, mikor mondható a lehetetlenülés véglegesnek, mikor időlegesnek.

Ez a móra tényállása. Már most mi a joghatása? Főhatása, hogy ennek a késésnek a következményeit az adós viseli. Az adós azt a helyzetet köteles előállitani, a melyben a hitelező volna, ha idejében teljesített volna. A teljesitésért teljes kártérítést köteles adni. Meg kell téritenie id quod interest creditoris moram factam non esse. A darere menő obligatióknál tehát később is köteles a dolgot adni, de a mennyiben az a hitelező kezében új értéket produkált volna (fructus, melyet a hitelező húzott volna), ezt is köteles az adós restituálni. Hogy mit húzott volna belőle, hogy mit tudott volna belőle csinálni, azt persze a hitelezőnek kell kimutatnia. Ha ilyen különös felhasználást kimutatni nem tud, akkor praesumptióval élünk. A mi magából a dologból előáll, a fructus naturalis, az ú. n. commodum ex re, erről praesumáljuk, hogy a hitelező is előállította volna. A pénznél ez a commodum ex re a késedelmi kamat.

Ezt az adósnak fizetnie kell a nélkül, hogy a hitelezőnek be kellene bizonyitania, hogy ő is ilyen kamatot kapott volna. Azt már jogában van kimutatni, hogy nagyobbat húzott volna és akkor az adósnak azt kell fizetnie. A késedelmi kamat magassága positiv valami, a mit külön jogszabály szokott megállapitani. A római jogban a corpus iuris idejében 6%-et számitottak, a kánonjog befolyása alatt ez 5%-re sülyedt. A pandektajogi 5% nálunk újabban szintén belekerült a törvényhozásba kissé elhamarkodva. Az a szabály, hogy a késedelmes adós az egész interesset tartozik megtériteni, csak a bonae fidei obligatióknál állt, a stricti iurisoknál interesse megtérités nem volt.

Az adós morájának másik hatása a *perpetuatio obligationis*. Ha az adós idején teljesitett volna, akkor a hitelező megkapta volna a magáét és nem törődött volna azzal, ha a teljesitésnek megfelelő tárgy később az adósnál akár véletlenül is tönkrement volna, pl. ha a hitelező a maga lovát megkapta, nem igen bánja, ha azután az adós istállója véletlenül leég és igy most már nem tudna szolgáltatni. Ha pedig az adós nem teljesit idején, akkor a teljesitendő tárgy tönkremenését az általános szabály szerint a hitelező viselné. Ez tűrhetetlen, mert így az adós helyzete javulna a késedelme, tehát jogellenes cselekménye által a hitelezőé rosszabbodna. Már pedig a hitelezőt nem rövidítheti meg jogában az, hogy az adós morába esett. Ellenkezőleg. Az adósnak oly állapotot kell előteremtenie a hitelező javára, a milyenbe az a kellő időben való teljesitéssel jutott volna. Ebből foly, hogy a morába eső adós casus általi lehetetlenülésért is felel, a mint mondani szokás: a veszélyt viseli. Már most bármi oknál fogva lehetetlenül a szolgáltatás, ez az adós baja, ő teljes érdektéritéssel tartozik, mert ha kellő időben teljesitett volna, ez a lehetetlenülés a hitelezőt nem érte volna. Ezzel szemben persze mindig fenn van hagyva az adósnak annak bizonyitása, hogy ha ő teljesitett is volna, a hitelezőnek még sem volna semmije, mert a szolgáltatás tárgya, a ló a hitelezőnél is elpusztult volna. Vagyis az adós megkivánhatja, hogy bár igaz, hogy a hitelezőnek az ő késedelme folytán rosszabb helyzetbe jutnia nem szabad, másrészt jobb helyzetbe se jusson. Pl. az ellenség betör az országba és minden a községben levő lovat elvisz magával. Adósnak, kinek ezelőtt 3 nappal kellett volna a lovat átadnia, lehetetlenné vált a teljesitése. De mert ez már a mora alatt történt, ő ezért felelne, vagyis a hitelező teljes kártéritést követelhetne. Ezzel szemben adós helyesen hivatkozhatik arra, hogy a hitelezőnek mora nélkül sem volna lova, mert az ellenség tőle is elvitte volna, a casus a hitelezőnél is beállt volna; igy tehát ő mégis szabadul. Ez alól persze megint kivétel, ha a hitelező viszont be tudja bizonyitani, hogy ő nála a dolgot casus nem érte volna, mert pl. már az ellenség betörése előtt eladta volna a lovat. A perpetuatio obligationis tehát azt jelenti, hogy a szolgáltatásnak casus

általi lehetetlenülése sem szünteti meg az ő obligatióját, az állandóan. Ugyanennek az elvnek további alkalmazása, hogy a mikor az adós késedelméből folyó érdekmegtérítésről van szó, a hitelező további bizonyítás nélkül a legnagyobb értéket követelheti, a melyet a dolog a kellő szolgáltatás elmulasztása óta elért, bár később ismét hanyatlott értékében. Követelheti azért, mert az adós úgyse tudná bebizonyítani, hogy a dolgot máskor értékesítette volna. Persze más az eset, ha az adós ezt mégis be tudja bizonyitani.

Minthogy azt mondtuk, hogy a hitelező a mora folytán kárt ne szenvedjen, hanem az egész interesset megkapja, ebből foly, hogy ha a hitelezőnek csak a rendes teljesítésben lett volna előnye, a mora beálltával egyoldalúan visszaléphet a kötelemtől. De ezt a beneficiumot a római jog nem adja meg minden bizonyítás nélkül. Hitelezőnek be kell bizonyítania, hogy neki egyedül a kellő idejű teljesítésben volt érdeke. A mi kereskedelmi jogunk liberalisabb, mert a vételnél a visszalépési jogot minden bizonyítás nélkül megadja. Jogában van a hitelezőnek, hogy a morába esett adós telje sitését tovább be nem várva, a római jogban a halaszthatatlan érdek bizonyításával, kereskedelmi jogunk szerint a nélkül is, a szükséges dolgot máshol beszerezze, a mikor is, ha a két teljesités közt árkülönbözet van, ezt az adósnak mint interesset kell megtérítenie.

Ezek a mora debitoris következményei, a melyek mindaddig tartanak, mint maga a késedelem. Mert a késedelem állapottény, nem cselekvési tény, tehát joghatásai is tartósak és egyhosszúak magával az állapottal, ép úgy, mint azt a birtoknál is láttuk. Ha azonban a mora megszünik, a mikor is *purgatio morae*-ról beszélünk, vagyis ha az adós a mora által megváltozott kötelezettségét teljesíti, illetve felajánlja, akkor a morával együtt annak hatásai is megszünnek.

A mora debitorisról mondottak dispositiv szabályok, a melyeket a felek megmásithatnak. A hitelező akár mindigre, akár egy időre róluk lemondhat. Ez utóbbi esetben halasztásról beszélünk. Ha a hitelező tehát 14 napi halasztást ad, ez annyit jelent, hogy 14 napig adós késése nem mora.

A halasztásra vonatkozólag a római jog néhány singularis intézkedése a következő:

1. Méltányossági okokból az adós modicum tempust kap a teljesitésre, így az örökös a hagyatéki tartozásokra nézve, az örököstárs a collatióra, továbbá a biróság előtt beismerő és halasztást kérő adós stb.

2. Iustinianus rendelete szerint a fizetésképtelen adósnak a hitelezők többsége a hitelezők ehhez hozzá nem járuló kisebbségére is kiható legfeljebb 5 évig tartó halasztást adhat. A többség nem a hitelezők számát, hanem a tartozás nagyságát jelenti itt.

3. Maga a fejedelem is adhatott az adósnak rescriptum kibocsátásával *moratoriumot*, mely rendesen szintén 5 évig tartott, innen neve: quinquennale.

4. Ide tartozik a *beneficium competentiae* is. Bizonyos adósok azt követelbetik a teljesítéskor, hogy nekik annyi meghagyassék, a mennyire élet-

fentartásuk czéljából szükségük van. Ezt követelheti a katona összes hitelezőitől (némelyek szerint, bár nem áll, az ügyvédek és papok is, milites Christi et Iustiniani, a militia spiritualis et togata hivei), a lex Iulia de cessione bonorum szerint az az adós, ki önmaga kérte maga ellen a csődöt és a hitelezők kielégitésére egész vagyonát felajánlotta, kérheti ezt a beneficiumot később szerzett vagyonára nézve, az, a ki még atyai hatalom alatt álló adósságait ki akarja fizetni. Kérheti továbbá ezt a jótéteményt: az ascendens descendensével szemben, a házastársak egymással, az após a hozományt kérő vejével szemben, a férj, illetve apja és gyermekei azokkal szemben, a kikre a dos törvényerejénél fogva visszaszáll. Ugyancsak kérheti az ajándékozó ebből származó tartozása megfizetésénél, a societasnál mindegyik társ a másiktól. A beneficium competentiae ius personissimum, sem a kezest, sem az örököst meg nem illeti. Ex delicto tartozásoknál, vagy ha az adós dolusba esett, nem kérhető (pl. a filiusfamilias sui iurisnak adta ki magát); továbbá az adós le is mondhat róla, hacsak ez a lemondás contra bonos mores nincs (pl. az apa fiával szemben le nem mondhat) és csak addig tart, ennyiben halasztás, míg az adós új vagyont nem szerzett. A perben bármely stadiumban, in iure, in iudicio, sőt in executione is érvényesíthető, ezután már nem. Vagyis a már egyszer megtörtént teljesités ez alapon vissza nem követelhető. A beneficium csak a szükséges alimentatióra terjed ki, más tartozások erre alapul nem szolgálhatnak, kivéve az ajándékozónál. A beneficium competentiae-hez hasonlóak a mai végrehajtási korlátok, a melyek már a római jogban is megvoltak; a parasztnak munkás rabszolgáit, ökreit stb. birói zálog alá nem lehetett venni. Ezek a korlátok nem beneficium competentiae, mert nem szólnak egyenesen alimentatióra és nem alakulnak az adós individualis helyzete, pl. gyermekei száma szerint.

II. Mora creditoris vagy credendi. Tényállása az, hogy a hitelező a neki kellőleg felajánlott teljesítést el nem fogadja. A legtöbb esetben ugyanis a szolgáltatás csak a hitelező közreműködésével lehető. Lehető a nélkül is, a mikor is a solutio a teljesités, az adós egyoldalú ügylete, pl. mikor valaminek nem csinálására kötelezte magát. Nem szükséges az a hitelező elfogadása a teljesitésnél akkor sem, ha a kötelem abban áll, hogy az adós tertiusnak adjon valamit, pl. a nápolyi utazók kedvencz sportja, hogy macaroni árúsnak megfizetnek annyit, a mennyit az ott álló utczai suhancz egyszerre be tud kapni Itt a teljesítés nem a hitelező irányában történik, az ő közreműködése nem szükséges. A legtöbb obligatiónál azonban az adós csak a hitelező közreműködésével teljesíthet, a hitelező elfogadása nélkül a legtöbb esetben solutio nem történhetik, vagyis a solutio rendesen kétoldalú jogügylet, kötelemszüntető szerződés. A hitelezőnek ez a közreműködése különféle lehet. Darenél a dolog átvételében áll, a festménynél abban, hogy üljön a festőnek stb. Ha már most a hitelező a teljesitéshez szükséges közreműködést meg nem adja, róla is azt mondjuk, hogy késedelembe esett. Ilyenkor a hitelező nem sért kötelezettséget, csak lehetetlenné teszi az adósnak a teljesitést. Már pedig az igazság azt kivánja, hogy az adós a hitelező lustasága vagy rosszakarata miatt ne szenvedjen, vagyis helyzetének javulnia kell.

A hitelező késedelméhez szükséges először, hogy a teljesítés neki kellően felajánltassék annak a részéről, a ki érvényesen teljesít-

het. Ez a felajánlás, oblatio a hitelező késedelménél ugyanazt a szerepet tölti be, a melyet az adós késedelménél az interpellatio. Rendszerint realoblatio szükséges, nem elég mondanom, hogy hajlandó vagyok fizetni, tényleg offerálnom kell a dolgot. Néha azonban ez puszta verbalis oblatio is elegendő, a mikor t. i. a teljesitést megelőzőleg vagy a teljesités ellenében először a másik fél részéről való közreműködés szükséges. Előzőleg pl. a vaskereskedésekben szokásos, hogy az eladott vasat a vevőnek bizonyos formában szokás megküldeni, a mely formát ő határoz meg előre, a mit specificatiónak hivnak. Itt, ha a teljesités ideje megérkezett, a vaskereskedő mindenekelőtt specificatióra hivja fel a vevőt, tehát verbalis oblatio történik, a melynek, ha hitelező eleget nem tesz, késedelembe esik. Valamint az interpellatio szükségével szemben láttuk a mora ex-ret, úgy itt az oblatióval szemben is hasonló alakulat észlelhető. Ha jegyet veszek a vasútra és nem jövök kellő időben, a vonat már elrobogott, hitelezői késedelembe estem, holott velem szemben sem realis, sem verbalis oblatio nem történt. Ez képzelhető minden obligatiónál, a hol a hitelezőnek kell elmennie a teljesitésért az adóshoz (Holschuld szemben a Bring- és Sendschulddal. Bringschuld, ha a hitelezőnél kell a teljesitésnek történnie, Sendschuld, ha az adósnál ugyan, de ő az árú elszállitását, persze veszély nélkül, elvállalta). Másodszor, a hitelező csak akkor esik késedelembe, ha az ajánltatott fel neki a másik részről, a mi teljes solutiót ad. Részteljesitést nem köteles elfogadni. Ez persze cum grano salis veendő. Ha az adós 1000 frt helyett 999 frt 98 krt hoz el azzal, hogy a két krt mindjárt elhozza, ezt a hitelezőnek el kell fogadnia, különben morába esik. A teljesitésnek kellő módon, opportuno loco et tempore kell felajánltatni, a mi különben mind benne van a teljesités fogalmában. A polgári embernek nincs ugyan üzleti órája, de azért éjjel 12 órakor nem köteles a teljesitést elfogadni, bár aliquantum paulum incommodi mindenki köteles eltűrni. Így cum grano salis veendő az a tétel is, hogy a teljesitési idő az adós érdekében van kikötve, vagyis hogy az adós, ha akar, előbb fizethet, és a hitelező morába esik, ha ő azt el nem fogadja. De vajjon morába esik-e a hitelező, a ki őszre rendelt iró asztalt és azt neki nyáron hozzák el városi lakásába, holott ő máshol nyaral? Nyilván nem, mert méltányos tekintettel kell lenni a hitelező viszonyaira. A hitelező késedelembe eséséhez harmadszor az kell, hogy az offerált teljesitést sine justa causa utasitotta vissza.

A hitelező késedelmének jogkövetkezménye az, hogy a hitelező terhére ugyan szabály szerint kötelezettség nem származik, de az adós kötelezettsége lazul. Lehet pl. hogy az adós kötelezettsége megszünik, pl. a bizonyos vasúti útra (párisi kirándulás) váltott jegyből folyó jog, ha lekésem a vonatról. Rendszerint azonban nem ez az eset, hanem az, hogy a most el nem fogadott oblatiót később elfogadhatom. Ilyenkor az adós tovább is obligatióban marad, de

kötelme nem oly erős mint azelőtt. Oly obligatiónál, a melyben culpa levisért vagy casusért is felelne az adós, post culpam vagy moram creditoris, csak culpa lataért fog felelni. A kérdés érdekes a generikus obligatio concentratiója szempontjából. A felajánlás után már nem 100 frttal in genere tartozik az adós, hanem csak a felajánlott százas bankóval. Ha ezt az egy banknótát culpa levis folytán elveszti, akkor mint laikusan mondani szokták, a hitelezőnek veszti el. De még ezt a gyengébb felelősséget sem köteles elviselni, hanem ez alól is szabadulhat, a mi a mora creditoris második joghatása, olyképen, hogy a teljesités tárgyát a hitelező terhére kellő helyen leteheti, deponálja, ma az erre szolgáló állami letéti hivataloknál, vagy megbizható más helyen. A culpa in eligendo tekintetében ilyenkor culpa levissel is felel. Ez a letéti szerződés érdekes formája a harmadik javára szóló szerződésnek. Ha a dolgot deponálni nem tudja, jogositva van a hitelező veszélyére eladni, és a befolyó vételárt szintén a hitelező költségére deponálni. Sőt a római források még azt is mondják, hogy ha eladni sem tudja, derelinquálhatja a dolgot. Ez a desperatus eszköz ma már nincs igen megengedve, bár elképzelhető. Pl. a szemétfuvarozó a szemetet nem akarja átvenni, azt mégis ki kell dobni. Megjegyzendő, hogy a mennyiben az adós a teljesítés tárgyát eladta, letétbe helyezte, derelinquálta, az ezzel járó költség erejéig a hitelező terhére obligatio támad. Ennyiben származik néha a hitelezőnek is morája folytán kötelezettsége, a melyek erejéig a volt adós retentióval is élhet (Fr. 8. Dig. 33. 6.)

A mora creditorist is megszünteti a purgatio morae, ha t. i. a teljesítést hajlandó elfogadni az adós követelésének megtérítése mellett. Ha már most adós nem teljesitene a mora creditorisból mora debitoris lesz, ép úgy, mint a késedelmes adós oblatiójának visszautasitása folytán a mora debitorisból mora creditoris.

131. §. A kötelmet tárgyilag változtató tények.

c) Commodum.

Változik a kötelem az által is, hogy a kötelemnek a tárgya maga, a dolog maga megváltozik vagy az által, hogy belőle valami növekedés előáll, vagy előáll valami a helyébe. Ez a tan persze csak a darere menő obligatiókra vonatkozik. Ezeknél az obligatióknál tehát előállhat az az eset, hogy az eddigi tárgy helyett ott van vagy a tárgy + nagyobbodás, a minek leggyakoribb esete a gyümölcs, vagy pedig az eredeti tárgy helyett más van, pl. a szolgáltatandó ló megdöglik, ott van a bőre, húsa, a leégett ház helyett a biztositási összeg. Ilyen esetekben a hitelező az eredeti tárgy helyett mást követelhet, követelheti a megnagyobbodott tárgyat, illetve azt,

a mi a tárgy helyébe lép. Ez a commodum vagy lucrum vagy causa rei. A mikor a források azt mondják, hogy az adósnak rem cum omni causa kell szolgáltatnia, az azt jelenti, hogy ő a dolgot minden excrementumával, vagy pedig azt, a mi a dolog helyébe lépett, tartozik szolgáltatni. A commodum tana a forrásokban a 18. könyv 6. titulusában (de periculo et commodo rei venditae) és a 22. könyv 1. titulusában (de usuris et fructibus) van letárgyalva.

A véletlen által a szolgáltatás esetleg teljesen lehetetlenné válik, ilyenkor a véletlen a kötelem megszüntető oka. Itt azonban oly esetekről van szó, a mikor a véletlenségből a szolgáltatás nem megszűnik, hanem módosul. Az esetek, a melyek ide tartoznak, nagyon tarkák. A nekem hagyományozott telek avulsio vagy alluvio által nagyobbodik, a nekem csonkán eladott szoborhoz az átadás előtt az eladó a kart hozzáforrasztja. Ide tartozik, bár kevésbbé szembetünő a következő: A. megveszi B.-nek telkét, a melyre C.-nek átjárási szolgalma van. Mielőtt B. a telket átadja, megszerzi C.-nek praedium dominansát is, a mi által per confusionem a szolgalom megszünik, és A szolgalommentes telket kap. Ez is commodum, véletlenségből felmerült előny. Más eset: Az el-, de még át nem adott telken valaki kincset talál. Ennek fele a telek tulajdonosát illeti meg, tehát az eladót, csakhogy positiv intézkedésnél fogva ezt is köteles a vevőnek átadni. Ellenben nem commodum az erdőben lőtt vad. Ez nem lucrum ex re, hanem lucrum ex negotiatione perceptum, a mi nem ide tartozik. Már a leégett ház biztosítási összegét lucrum ex re-nek veszszük, nem ex negotiatione-nak, mert abból indulunk ki, mint a kamatnál, hogy annak megszerzése nem igényel egyéni tevékenységet, megszerzéséhez semmi különös ügyesség nem kell, és így mint commodumot a ház vevője annak leégése esetén megkapja a biztosítási összeget. Ha valaki az el-, de még át nem adott dolgot ellopja, maga a szolgáltatási tárgy per casum lehetetlenné lett az adósra nézve, de e helyett ő köteles lesz a lopásból eredő keresetét cedálni a vevőre. A de lege Aquilia titulusban ezzel ellenkező döntés található. Az eset az, hogy én A.-tól magamnak rabszolgát stipuláltam, ezt a rabszolgát valaki az átadás előtt megölte, úgy hogy ő per casum a rabszolgát nem képes átadni. A rabszolga megölője ellen a rabszolga tulajdonosának actio legis Aquiliae-je támad, köteles-e ő azt rám engedményezni? Nem, így szól a döntés. Ennek magyarázata az, hogy ez esetben ez az actio legis Aquiliae nem is támadt az eladó javára. Nem támadt azért, mert a rabszolga megöléséből neki kára nincsen, mert hiszen a stipulatio stricti iuris szerződés, ezeknél pedig az absolut lehetetlenülés az adóst teljesen mentesíti. A létre se jött actio legis Aquiliaet persze hogy nem lehet aztán cedálni. Ha bonae fidei szerződés alapján tartozott volna a rabszolgát átadni, a döntés ellenkező volna. Ha a tehén, a melyet megvettem, a mezőgazdasági kiállításon már az eladás után, de még az átadás

előtt díjat nyert, a díj engemet illet (bár ezt talán inkább ex negotiatione perceptumnak kellene venni, és akkor az eladóé marad). Ha az el-, de még át nem vett dolgot az eladó bérbe adja, akkor az érte kapott bér lucrum ex negotiatione, és mint ilyen az övé marad. (Az eladott dolog bérbeadása furtum ususnak nem tekinthető, mert még az eladó tulajdona.)

Mi itt csak a commodum ex re-ről beszéltünk. A kérdés az, hogy ez a commodum ex re kit illet, a hitelezőt-e vagy az adóst? Erre sokan azzal a paroemiával felelnek: *cuius est periculum eius est commodum.* Ez a tétel sem áll általánosságban. Úgy vagyunk vele, mint a casum sentit dominus elvével. Ez mind cum grano salis veendő. A mora esetén a periculum reit a morosus adós viseli, de azért, ha a mora alatt valami commodum jön létre, az nem az adóst, hanem a hitelezőt illeti. Valaki nekem tehenet igér ajándékba és az átadás előtt a tehénnek borja születik, ezt a borjút, bár a veszélyt a megajándékozott viseli, nem köteles átadni, mert ez ingyenes ügylet. Mert tehát ez a szabály ki nem elégít, Mommsen Frigyes, a kin kivül e tan körül még Jheringnek van érdeme, máshol keresi a megoldást. A commodum fogalmában kettőt kell megkülönböztetni: az *accessorius és surrogatorius commodum*-ot. Accessorius commodum, a mi a szolgáltatás tárgyához hozzájárul, surrogatorius, a mi helyébe lép, a veszett fejszének a nyele, a ló bőre, a biztosítási összeg, az actio furti stb. Az accessorius commodum tekintetében ismét meg kell különböztetni, vajjon a commodum a fődolognak valóságos accessiójává lett-e, a fődologgal testi kapcsolatba lépett-e, vagy önálló dolog maradt-e? Ha a commodum valóságos accessio, akkor a szolgáltatás eredeti tárgyával együtt egy dolog, azzal együtt a hitelezőnek adandó. Ez nem kötelmi jogi, hanem dologi jogi szabály. Ha a telket alluviostul kiadom, nem adtam ki többet, mint a mi kezdettől fogva járt, mert az alluvio a telek alkotórésze és nem önálló dolog. Más az eset, ha a commodum nincsen dologi kapcsolatban, hanem önálló marad. Ennél az elv az, hogy a mikor a hitelező ingyen kapta a követelési jogot, akkor még ha övé is a periculum, nem lesz övé a commodum. A visszterhes obligatiónál azonban övé a commodum, függetlenül attól, vajjon ő viseli-e a veszélyt. Ez áll a járulékos commodumra. Már a surrogatorius commodum esetében feltétlenül áll a szabály, hogy cuius est periculum, eius est commodum, értve ezt úgy, hogy ha a szolgáltatás tárgyának részben vagy egészben per casum tönkremenétével én viselem a veszélyt, akkor én követelhetem illetve megtarthatom azt is, a mi a dolog helyébe lépett. Akár visszterhes, akár ingyenes volt a szerződés, megkapom az actio furtit, a tehén bőrét stb. Már ha a tehén megborjadzás közben döglik meg, a borjat nem kapom, mert az nem a tehén helyébe lép, nem a tehén tönkremenetele folytán keletkezett, a tehén megdöglése nem oka az ő létrejöttének, tehát nem surrogatorius commodum, hanem accessorius,

a melyre a fentebb kifejtett szabályok állanak. A megdöglött tehén borja az ajándékozóé marad, a tehén bőre és húsa a megajándékozotté.

132. §. A kötelmet alanyilag változtató tények.

a) A cessio.

Cessio (= engedmény). Tágabban: valamely követelésnek singularis successiója, vagyis valamely követelés alanyi változása a hitelező részéről. Szűkebben: A hitelező és egy harmadik személy közti formátlan, causajától független, tehát abstract megegyezés, szerződés, hogy az a követelés, a mely eddig a hitelezőt illette, ezentul ezt a harmadik személyt illesse, tehát mintegy a követelés traditiója.

A régi római jog a cessiót nem ismerte. A régi római obligatio, a stricti iuris obligatio változhatatlan volt úgy tárgyi, mint alanyi tekintetben, ezért minden változtatás csak novatio formájában mehetett végbe: a régi kötelem megszünt és helyébe új, bár az előbbivel nagyrészt megegyező, lépett. Ez volt az engedménynek is a legrégibb formája. A hitelező utasította a maga adósát, hogy a tartozást, melylyel eddig neki tartozott, igérje a harmadiknak, vagyis kössön vele egy novationalis stipulatiót, melynek értelmében a régi tartozás megszünik és új keletkezik, melynek alanya már nem az eddigi hitelező, hanem a harmadik személy. A hitelezőnek ez az utasítása a delegatio nominis. Csakhogy az adós nem volt köteles ennek eleget tenni, ő fizetni köteles, de nem köteles igérni. A delegatio nominis a mai cessiótól, tehát két lényeges pontban különbözött. Az egyik az, hogy az adósnak beleegyezésére volt szükség, sőt közre is kellett működnie, holott a cessio az adós tudta és beleegyezése nélkül is megtörténhetik. A másik pedig az, hogy míg a cessiónál az új hitelező régi követelést nyer, addig a delegatio nominis esetén joga egészen új, más szóval a cessio derivativ acquisitio, mig a novatio originär. A valóságban ez az utóbbi különbség persze nem olyan éles. Mert bár az új hitelező a novationalis stipulatio alapján perelt, mégis a cessióhoz hasonlóan a régi hitelező jogának alapjára is vissza kellett térnie, mert a novationalis stipulatio csak határozatlanul szólott: Quod Lucio Titio ex empto centum dare debes, idem mihi spondes-ne? Spondeo.

A későbbi forgalom, mely a nehézkes novatiókat nem szerette, nem érte be a delegatio nominissel sem, hanem oly jogügyletet keresett, mely által a régi kötelem nem szűnt meg, hanem csak módosult, és melynél az adós segitségére szükség nincsen. A formularis per korában erre a perbeli képviselet kinálkozott. A hitelező megbizta a harmadikat, hogy a követelést meghatalmazottként behajtsa, és ha szükséges, az adóst mint procurator perelje

be (mandatum agendi, ad agendum), és hozzátette, hogy a behajtott összeget nem köteles neki visszaadni, vagyis lemondott actio mandati directajáról. Ez a procurator azonban nem valódi képviselő, mert ő nem a megbizója, hanem a maga számára perel, a mi abban nyert kifejezést, hogy bár a formula intentiója még a régi hitelező nevére szólott, már a condemnatióban a procurator neve szerepelt, a litis contestatiótól fogva ő a dominus litis. Ez a mandatarius a procurator in rem suam tehát a mai incasso mandatumnak épen megforditottja. A mandatum ad agendum már nagy haladást jelez az engedmény történetében, de azért még mindig nem megfelelő. A mandatarius csak a litis contestatiótól mint novatio necessariától fogva lett a per urává, addig a mandans ezt a perlési megbizását visszavonhatta, halálával ez a megbizás megszünt stb. Ezért a császári korban a megbizott actio utilist nyert suo nomine, azaz megnyerte azt, hogy a követelést elejétől fogva a saját nevében, tehát már nem a régi hitelező képviselőjeként hajthatta és perelhette be. Ezt az actio utilist később már nemcsak az kapta meg, ki mandatumot nyert ad agendum, hanem az is, a kinek valamely a hitelezővel kötött ügylet alapján mandatumot kellett volna nyernie, pl. a követelés vevője, a férj, kinek a követelést hozományul igérték, a legatarius stb., sőt az is, a kire a hitelező valamely jogszabály alapján köteles a maga követelését átruházni (cessio legis).

Ezzel az actio utilissel jött létre az igazi cessio. Ez a név még a mandatum ad agendum korából való, akkor szólottak mandare, cedere actionemről. A cessiónál három személy szerepel: a cedens, a hitelező, a ki átruházza a maga követelését, a cessus, az adós és a cessionarius, az új hitelező. Az actio utilis természete fölött nagy vita folyt. Mühlenbruch, Wangerow stb. szerint a cessionarius nem nyeri meg a cedens jogát, hanem csak a jog gyakorlását, úgy hogy az actio utilissel csak idegen jogot érvényesít, ma azonban az uralkodó nézet elismeri a cessiónak singularis successio voltát. A forma szerint persze a római jogban a cedens marad a névleges hitelező, a cessionariust nem hivják creditornak, ép úgy, mint a bonitar tulajdonost sem hivják dominusnak, a bonorum possessort nem örökösnek stb.

A cessióhoz az adósnak sem tudta, sem beleegyezése nem szükséges, de a véghezvitt cessióról értesülnie kell, mert hiszen különben nem fog a cessionariusnak fizetni. Ezt a római jog el is ismerte, sőt ehhez az értesüléshez egyéb hatást is fűzött. Az értesülésig az adós jogositva, legitimálva van a cedens kezéhez teljesiteni, vagy ő általa másképen szabadulni, a cedens legitimálva van a teljesitést elfogadni. E körül az értesülés körül már most két vitapont merült fel. Az egyik az, hogy ennek az értesülésnek milyennek kell lennie, a másik pedig, vajjon az értesüléshez fűzött fenti hatásnál fogva nem áll-e az a szabály, hogy a kötelmet nem a puszta cessio, hanem csak az adós értesülése ruházza át? Az első

pontra vonatkozólag Bähr, Regelsberger stb. szerint az értesülés bármilyen lehet, bárhonnan nyer is az adós biztos tudomást a végbevitt cessióról, megszűnik a legitimatiója a cedens kezéhez teljesiteni. Ez logikailag helyes ugyan, de practice keresztülvihetetlen, mert hogy az adósnak biztos tudomása van-e a cessióról, bizonyitani nem lehet. Ezért az uralkodó nézet egyes forráshelyek alapján (Cod. 8. k. 16 fej. 4., Cod. 8. k. 41. fej. 3 pr.) azt tartja, hogy a római jog megkivánta az ú. n. denuntiatiót (nondum certior a te de obligatione tua factus, antequam debitori tuo denuntiaverit), hogy t. i. az engedményes vagy az engedményező értesitse az adóst a megtörtént cessióról. (Windscheid a cedens értesítését sem tartja elegendőnek.) Csak valamely örökség eladásánál tekintett el a római jog az adósok értesítésétől, mert a hagyatéknak egyrészt számos adósa lehet, másrészt meg sokat a hagyaték eladója nem is ismer. A másik kérdés a jog átszállásának kérdése. Windscheid (Die Actio) úgy vélekedik, hogy az actio, a mi nála a jogot is jelenti, a véghez vitt cessióval még nem száll át a cessionariusra, neki még azt birtokba is kell vennie, a mit a denuntiatióval ér el. Ez a képlet teljesen hibás, a mi nem birtokolható (t. i. a követelés), az birtokba sem vehető. Ép oly helytelen az a nézet is (szintén Windscheidnál pandektáiban), hogy a jog már a cessióval átszáll, de a denuntiátióig a cedens is jogosult, úgy hogy cedens és cessionarius correalis hitelezők. A helyes álláspont az, hogy a követelés már a a cessióval száll át, a denuntiatio csak arra való, hogy utána az adós ne fizethessen a cedensnek. Ebből foly, hogy a cedált, de még nem denunciált követelés nem tartozik a cedens csődtömegéhez, a cedens hitelezői azt le nem foglalhatják, sőt, ha a még nem denunciált követelést a cedens másra újból cedálja és az adós erről a cessióról nyer előbb értesítést, az egyedül jogosult mégis csak az első cessionarius marad. Az alól, hogy a cedens már a cessióval elveszti a maga követelését, a justinianusi jog két tekintetben tesz kivételt (a corpus iurisba a régebbi irókból úgy látszik elnézésből bekerült helyek): Dig. XVIII. k. 4. cz. 6. t. a cedens a cessio után is elfogadhat a követelés biztositására zálogot és kezességet, ugyanazon czím 20. t., hogy ha a cedens az adós örökösévé lesz, a cedált követelés per confusionem elenyészik.

A cessionarius a követelést abban az állapotban, terjedelemben nyeri, a melyben az a cessio idején a cedensé volt, (sőt gyengitve azokkal a hátrányokkal (exceptio stb.) is, a melyeket az adós a cedens ellen a denuntiátióig nyert). Ennek megfelelően a cessionariusra nemcsak az accessorius jogok (zálog, kezesség) szállnak át, hanem a cedens privilegiumai is, még pedig nemcsak a causae, hanem a personae cohaerentes is. (A Dig. XXVI. k. 7. cz. t.-t némelyek úgy magyarázzák, hogy Papinianus szerint a csődprivilegiumok, pr. exigendi personae, a cessionariusra nem szállnak át, Dernburg szerint azonban ez a hely csak a benne tárgyalt cessióra

vonatkozik.) Persze a cedensnek a perköltség alóli mentessége stb. nem száll át a cessionariusra. Fordítva van, ha az a kérdés, hogy a cessionarius mely personalis privilegiumait kell a cessusnak eltűrnie? A cessionarius személyes kiváltságai közül csak perkiváltságai érvényesülhetnek, a többiek nem. Az előnyökkel szemben a cessionarius elviselni tartozik a követelés összes hátrányait is, a melyek a denuntiatio előtt állottak elő. Ellene tehát nemcsak az in rem, hanem a cedens ellen irányuló összes in personam exceptiones is emelhetők, mert a cessio által az adós helyzete nem rosszabbodhatik. Ha persze az adós a cessionariussal szemben a cessiót elfogadólag nyilatkozott, ezzel a cedens ellen felhozható exceptiones in personamról is lemondott.

Hogy az adós csalások ellen megvédessék, joga van a fizetés előtt a cessionariustól bizonyítékokat követelni a megtörtént cessióról; ha a cessionarius ezeket előterjeszteni nem tudja, akkor csak a tartozás deponálását kérheti. A cedens persze támogatni tartozik a cessionariust, a tartozás fennállását bizonyító eszközöket át kell szolgáltatnia, továbbá mindazt át kell adnia, a mit az adóstól teljesítésképen kapott. Más kérdés, hogy a cedens a cessionariusnak miért szavatol. Ez a causa cessionistól függ. Ha a cessio donationis causa történik, akkor az engedményező sem a veritas (hogy t. i. a követelés tényleg fennáll), sem a bonitas nominisért (hogy t. i. az adós jó) nem felel. Az eladó is csak a veritasért felel. A causa cessionis határozza meg továbbá, hogy a cessionarius mivel tartozik a cedensnek pl. vételárral stb. A cessusra vonatkozólag azonban a causa teljesen közömbös, ő a cessionariussal szemben csak a cessio megtörténtére vagy meg nem történtére hivatkozhatik, tehát csak a cessio tényállására, de nem a causájára. A cessio tehát abstract szerződés.

Voltaképen azonban cessio alatt nemcsak a szerződés útján történő átengedést (ú. n. *cessio voluntaria*-t) értjük, hanem birói intézkedés alapján történőt is, sőt azt is, ha a követelés valamely törvényes rendelkezésnél fogva már ipso iure száll át az új hitelezőre (cessio necesaria, cessio legis; e két kifejezést gyakran összekeverik, helyes azonban megkülönböztetni úgy, hogy cessio nacessaria: a hitelező tartozik átengedni követelését, cessio legis vagy ex lege: a követelés már ipso iure száll át). A cessio legis esetei: a gyámolt a gyám által a gyámolt vagyonából a saját nevében adott kölcsöneit visszakövetelheti (Dig. XXVI. k. 9. cz 2. t.), a solidaris adóstárs, ki az egész tartozást kifizette és az ő hibáján kivül a hitelező a követelést rá át nem ruházta, társaitól aránylagos megtérítést kivánhat (maga a beneficium cedendarum actionum csak cessio necessariához vezet), a köteles részében megsértett örökös, a ki a végrendelet megdőlését okozta, a végrendeleti örökös által kifizetett hagyományokat visszakövetelheti. (l. Baron: Pand. 463. l.)

A cessio szabály szerint minden követelésnél meg van engedve. Visszterhes szerződéseknél mindegyik fél cedálhatja a maga

követelését, de azért kötve a másik félnek ő marad. Azonban nemcsak kötelmi jog, hanem dologi igény, pl. a rei vindicatio is cedálható, a dolog tulajdonát a cessionarius persze nem a cessióval, hanem csak a perceptióval nyeri meg.

Nem ruházhatók ellenben át: 1. a iura personissima: az usus fructus adására szóló, továbbá az alimentationalis kötelmek, az actiones vindictam spirantes stb. 2. Más joggal kapcsolatos, accessorius kötelmek csak a főjoggal együtt ruházhatók át (zálogjog, ius retentionis stb.). 3. Peres kötelmek, kivéve a dos- és donatio propter nuptiasra vonatkozókat, császári rendeleteknél fogva nem cedálhatók. 4. Ha a felek a kötelemre vonatkozólag pactum de non cedendót kötöttek, akkor a végbement cessio érvénytelen. Személyi tekintetben nincs megengedve a cessio potentiorra, t. i. oly személyre, a ki ellen az adós a perben föllépni nem merne, továbbá gyámoltról a gyámra.

A cessiónak fontos megszoritását létesitette Anastasius császár, a ki azt rendelte, hogy a névértéken alul megvett követelés csak a vételár és törvényes kamatjai erejéig érvényesithető. Ezt a tételt Iustinianus olykép egészitette ki, hogy a részben eladott, részben ajándékozott, illetve szinleg egészben ajándékozott követelést az adós szintén csak a tényleges vételár erejéig tartozik a cessionariusnak teljesiteni. Ez az ú. n. lex Anastasiana tehát csak a vétel causájából történő cessióra vonatkozik, másra nem, de a modern törvényhozások itt is megszoritották. Nehéz kérdés, vajjon a cessusnak vagy a cedensnek kell-e bizonyitania a tényleges vételárat. Az uralkodó nézet az, hogy az adósnak kell bizonyitania, hogy a cessio causája adásvétel volt, a cessionariusnak pedig a fizetett (vagy hitelezett) vételár nagyságát. Ez felel meg egyedül a lex Anastasiana céljának, mert az adósra lehetetlen feladat volna a vételár nagyságát bizonyitani. (Windscheid mégis kötelezni akarja erre.)

133. §. A kötelmet alanyilag változtató tények.

b) Adósságátvállalás.

A kötelem nemcsak a hitelező oldalán szenvedhet alanyi változást, hanem az adósén is. Nemcsak a jogositott alany helyébe léphet más, hanem a kötelezett helyébe is. A régi római jog, a mely a cessiót nem ismerte, persze nem ismerte az adósságátvállalást sem. Ép úgy, mint a hitelezőben való változást azzal pótolta, hogy a régi felek közti kötelem helyébe új, a régit megszüntető, kötelem lépett, a melyben már az új hitelező szerepelt, vagyis novatiónak kellett történnie, úgy az adós személyének változása is csak így volt lehetséges. Az új adós a régi hitelezővel a régivel azonos tárgyú kötelmet létesitett, a mely által a régi adós és hitelező közti kötelem megszünt. Ez történhetett először a régi adós kivánságára,

az ő utalványa folytán, a minek *delegatio debiti* a neve. A régi adós megbizta, vagy felhatalmazta hitelezőjét, hogy stipuláljon magának az újtól, az új adóst pedig megbizta, hogy prommittálja a régi hitelezőnek ugyanazt, a mivel ő tartozott neki. A két megbizott illetve felhatalmazott közt így létrejött stipulatio noválta a kötelmet, a régi kötelem megszünt és helyébe az új adóssal biró kötelem lépett. A delegatio debiti párdarabja a cessio történetében tárgyalt delegatio nominisnek. Az adósságátvállalás történetében azonban még más alakulat is található, az úgynevezett *expromissio*. Az új adós a réginek nem kivánságára, hanem a nélkül, esetleg tudta nélkül is proprio motu noválhatta a hitelezővel a kötelmet. Ez által is kiszabadult a régi adós. De sem a delegatio debiti, sem az expromissio nem valódi adósságátvállalások, mert nem a régi kötelembe lép be általuk az új adós, hanem új kötelmet állapít meg, nincs tehát valódi successio. Ezek nem kötelemváltoztató, hanem szüntető és keletkeztető tények. És ha az új obligatio tartalmilag teljesen ugyanaz is, mint a régi, azért a követelés még sem egészen az, mert a régi accessoriumok, a kezesség, zálog stb. megszűnnek.

A mai jogok már az adós oldalán is ismernek valóságos successiót. Ez néha vi legis történik, más esetekben a felek ügyleténél fogva. Ez utóbbi *az adósság-átvállalás*. A régi és új adós közti abstract, formátlan szerződés a tartozás átvételére, a mely szerződéshez persze a hitelezőnek is hozzá kell járulnia, mert neki nem mindegy, ki az adósa. Ha hozzájárul akár előlegesen, akár utólagos jóváhagyással, akkor a régi adós mentesül, az új adós pedig belép a kötelembe, és az adósság oly állapotban nehezül rá, a melyben az adósságátvállaláskor volt, tehát a régi adós által ekkor emelhetett exceptiókat ő is emelheti, hacsak róluk az adósságátvállaláskor le nem mondott. Ha az adósságátvállalás a hitelező tudta nélkül történt, akkor ebből a hitelező csak jogot szerezhet, hátrány rá nem háromolhatik, és tovább is a régi adóstól követelhet, míg akár kifejezetten, akár hallgatólagosan az új adóst el nem ismeri. A régi római jog szerint az új adós ellen a hitelezőnek ilyenkor általában nem volt semmiféle joga, ma azonban néha ebből is joga támad, pl. ha az adós kereskedő üzletét czégestől együtt másra ruházza az átruházó hitelezője az új czégtulajdonos ellen is fordulhat.

Valóságos adósságátvállalás csak a successio in debitum, a régi adós helyébe új lép. Nem az, ha a régi adós mellé lép új, a mit a rómaiak adpromissiónak hivnak. Ez ép úgy nem adósságátvállalás, mint a hogy nem cessio az adstipulatio, ha t. i. a régi hitelező mellé lép új. Ezért helytelen cumulativ és privativ adósságátvállalásról beszélni, mint a hogy ez ma uralkodó irányzat.

IV. FEJEZET. A KÖTELMEK MEGSZŰNÉSE.

134. §. A kötelem megszünése.

A kötelmet megszüntető tények részben különlegesek, az obligatio különös megszüntető okai, részben általánosak, pl. a lemondás. Főleg két csoportra lehet őket felosztani. Megszünik a kötelem vagy az által, hogy a czél már eléretett, vagy hogy már el nem érhető, mert hiszen minden kötelem csak eszköz a czél elérésére. Más beosztás: az obligatio vagy obiective vagy subiective szünik meg. Vannak oly tények, melyek, ha beállanak, az obligatio megszünik, vannak ismét mások, melyek beállta csak azzal jár, hogy az adóstól függ, hogy a kötelmet megszüntesse. Ez a különbség az *ipso iure* és *ope exceptionis* megszüntető tények közt. A római jognak ez az elnevezése perjogi következmény. Az ipsum ius alatt a ius civilet értették. Ipso iure megszüntető tények alatt tehát a ius civile megszüntető tényeit értették. Ha pedig a tény csak olyan, hogy a praetor a birót alperes kérelmére (ennek a kérelemnek, mint a perjogban láttuk, exceptio a neve) felhatalmazza, hogy megszüntetőnek vegye, bár a civiljog szerint nem az, az ilyen tények neve: ope exceptionis ható tények. Az ilyen tény magában nem szüntette meg a kötelmet, de megadta alperesnek azt a képességet, hogy a praetort az exceptio inserálására birja. Ha felperes alperesnek a tartozást acceptilatióval engedte el, akkor ha mégis perelt, alperes a biró előtt egyszerűen tagadta felperes jogát, felhozta az acceptilatiót, és a biró felperest keresetével elutasitotta. Ha azonban az elengedés pactum de non petendo formájában történt, akkor alperes hiába hivatkozott erre a biró előtt, a biró ezt tekintetbe nem vehette, mert ez a kötelmet ius civile szerint meg nem szüntette, a biró pedig csak a ius civile szerint itél, hacsak a praetor a formulában másra nem utasithatja imperiumánál fogva. Alperesnek tehát a pactum de non petendót már a praetor előtt, in iure kellett felhoznia, hogy a praetor exceptio formájában a birót ennek tekintetbe vételére utasitsa. Így corrigálta a praetor a ius civilet. Ma is beszélünk ipso iure és ope exceptionis ható tényekről, mi alatt persze mást értünk, bár némi hasonlóság van a mai és a római fogalmak közt. Az ipso iure megszüntető tényt alperesnek nem kellett a praetor előtt felhoznia, az ope exceptionis hatót igen. Ezzel némileg analoge ma ipso iure ható tényről akkor, beszélünk, ha a biró hivatalból veszi figyelembe tekintet nélkül arra, vajjon az alperes a tekintetbevételt kéri-e vagy sem, ope exceptionis hatókról pedig akkor, ha a biró csak akkor veszi tekintetbe, ha alperes ezt kivánja. Drastikus példája ennek az elévülés. Az elévülés ma is megszünteti a követelést, de csak ha alperes kivánja. Az alábbiakban adjuk a legnevezetesebb megszüntetési tényeket.

135. §. A teljesítés (solutio).

Solutio az a tény, hogy felperes irányában az szolgáltattatik, a mi in obligatione est, még pedig azzal a szándékkal, hogy ez a szolgáltatás a kötelem megszüntetésére szolgáljon. A solutiónak tehát két kriteriuma van. Obiectiv kriteriuma az, hogy a szolgáltatás megtörténik, a subiectiv pedig az, hogy causa solvendi történik. A solutio szónak van szűkebb értelme, a mit magyarul fizetésnek mondunk. Maga a fizetés szó is használtatik szűkebb és tágabb értelemben. A fizetés pénzszolgáltatást jelent, akár liberatorius, akár obligatorius czélból történik. Ha én kölcsön czéljából az adósnak átadom a kölcsönösszeget, a valutát, ezt is fizetésnek mondjuk, holott ennek czélja a kötelemnek nem megszüntetése, hanem keletkeztetése, ez obligatorius, nem liberatorius fizetés, solutio. A solutio szónak legszűkebb értelme: liberatorius pénzszolgáltatás, tágabb értelme minden pénzszolgáltatás — eddig visszaadható a magyarban a fizetés szóval — még tágabb értelme minden liberatorius teljesítés, a mit már a magyar fizetés szó nem fed. Már most, hogy ez a teljesítés miben áll, hol, mikor, kinél kell teljesíteni, erről a kötelem tartalmának fejezetében beszéltünk. Arról is szóltunk már, hogy a részteljesítés nem lehető, kinek kezeihez lehet és kell teljesíteni, ki van jogosítva és kötelezve solválni. Megemlítettük az incasso mandatariust, a solutionis causa adiectust stb. is. Itt csak még néhány kérdésről kell beszélnünk.

Ha az adós többféle obligatióval van a hitelezőnek lekötve és most valamit teljesít, jogában van meghatározni, hogy melyik obligatiót teljesíti. Ha azonban minden kijelölés nélkül solvál, a római jog bizonyos értelmezési szabályokat állít fel arra, hogy a több concurráló obligatio közül melyikre szól a törlesztés. Ezek a szabályok ma is fennállanak. Főszabály, hogy pro reo értelmezünk. E szerint több concurráló tartozás közül arra törlesztendő a teljesítés, a melyik az adósra nézve terhesebb. Ha az adósnak magasabban és alacsonyabban kamatozó tartozása van, akkor in dubio a teljesítés a magasabban kamatozóra történik. Ha több tartozás közül az egyik esedékes, a teljesítés erre történik. Ha terhesebb kötelem nincs, a teljesítés az összes közt egyenlően felbomlik. A modern jogok nem egészen követik ezt az elvet, néha pro creditore értelmeznek. Ha az adós tőkével és kamattal tartozik, akkor az adósra jobb a tőketörlesztés, de a modern jogok az ellenkező teljesítést vélelmezik. Ezek oly részletek, a mikbe belemenni itt nem lehet. Megjegyzendő, hogy úgy az adós kijelölési joga, mint ezek az értelmezési szabályok csak akkor állanak, ha az adós önként fizet, mert különben a hitelező destinálja, hogy a teljesítést mire fordítja.

Ma az adós a teljesítéskor követelheti, hogy a hitelező neki erről nyugtát, *apochét* adjon, még pedig a saját, t. i. az adós költ-

ségén. Nálunk teljesen helytelen praxis szerint az járja, hogy a nyugta költségeit a hitelező fizeti. Ha a hitelező nyugtát nem akar adni, a teljesítés visszatartható, a nélkül, hogy a mora debitoris beállana. Ez a nyugta Iustinianus szerint teljes bizonyító erejét nem nyeri rögtön, hanem csak 30 nap mulva, a mikor is a nyugtában bizonyított teljesítés megtörténte mellett teljes praesumptio iuris et de iure harczol. A 30 napon belül a querela non solutae pecuniae-vel (Iustinianus pontatlanul: exceptio non numeratae pecuniae-nek nevezi, holott az más) a nyugta megtámadható és visszakérhető, ha az adós valóban nem teljesített és úgy kapta meg.

A teljesítés abban áll, hogy a hitelező azt kapja, a mi neki jár (akár az adóstól, akár mástól). A mikor a hitelező nem azt kapja, a mi neki jár, hanem mást, ezt nem köteles elfogadni, és az el nem fogadás nem ejti mora creditorisba. Ha a hitelező ezt a mást elfogadja, *datio in solutum*-ról beszélünk. Nem köteles elfogadni, de ha elfogadta, akkor a teljesítés effectusa előáll. Sőt vannak esetek, a mikor a római jog a hitelezőt kötelezi az aliud pro alio elfogadására. Ilyen a bonorum cessio, ha t. i. az adós a teljesítés helyett egész vagyonát átengedi, vagy ilyen, ha az adós, pénze nem lévén, ingatlanát bocsátja át hitelezőnek. A datio in solutum fejezete alá hozzák sokan, Windscheid is, a német polg. törvk. is novatiót, a mi abban áll, hogy az adós abból a czélból, hogy tartozását megszüntesse, a hitelezőnek más követelést ad. A régi követelés így megszünik, de a hitelező nem azt kapta, a mivel az adós neki tartozott.

Függelék a teljesítés tanához: **A csőd.**

A követelések kielégítése az adós csődje esetében különös módon történik. Ezért itt van helye annak, hogy a csőd magánjogi hatásairól beszéljünk. A csőd (concursus creditorum, processus cridae) külön peres eljárás abból a czélból, hogy a közadósnak (t. i. többek adósának, decoctor) vagyona a hitelezők közt követeléseik arányában szétosztassék. A csődnyitás nem hivatalból, hanem valamelyik hitelező kérelmére történik, sőt a lex Julia de cessione bonorum óta az adós kérelmére is. A classikus jogban az eljárás az volt, hogy a magistratus a hitelezőket az adós vagyonába utalta *missio in bona decoctoris* (ma ez elesik, helyében a biróság kimondja a csődnyitást), az egész vagyon activáival és passiváival együtt elárvereztetett és annak üttetett oda, a ki a hitelezők követeléseinek kifizetésére a legnagyobb %-ben kötelezte magát. Ez volt a bonorum emptor. A hitelezők követeléseinek megállapítása már a csődön kivül a bonorum emptorral szemben történt és ugyancsak ő értékesitette a bukott vagyonát. A iustinianusi jogban már nem volt bonorum emptio, csődtömeggondnok tette pénzzé a bukott vagyonát és ő elégítette ki arányosan a megállapított követeléseket.

Római jog szerint a csőd okai főleg az adós szökése — fraudationis causa latitatio —, a vagyon átengedése az adós által — cessio bonorum — hitelezői javára a csőd megnyitása végett, az adósnak örökös nélküli elhalálozása és a birói itéletnek nem teljesitése. A csőd hatása, hogy a közadós összes tartozásai egy eljárásban vizsgáltatnak meg és elégíttetnek ki. A csődmegnyitás előtt bármely hitelező a maga követelését külön, függetlenül és tekintet nélkül a többi hitelezőkre érvényesítheti, még akkor is, ha adósa túleladósodottságáról tud, sőt még ha ezzel a többi hitelezőnek árt is, mert ius civile vigilantibus scriptum est.

Csődhitelező mindenki, a kinek a csődnyitás idején a közadós ellen in personam követelése van. Nem csődhitelezők tehát:

a) az ú. n. vindicálók vagy separatisták, t. i. kiknek közadós ellen dologi joguk alapján van igényük, a kik tehát actio in remmel a közadósnál levő valamely dolog kiadását követelhetik. Ezek követelésük nem egy részét, hanem az egésznek kielégítését nyerik. Követelésükre a csőd nem foly be. Ezekkel egy elbánás alá esnek azok, a kiknek közadós ellen actio in personam in rem scriptájuk van (actio quod metus causa, actio de pauperie stb.) és az ú. n. separatisták ex iure crediti, vagyis olyanok, kiknek joguk van a csődtömeg egy részének elkülönítését kérni, hogy abból külön eljárással (particularis csőd) kizárólag magukat elégítsék ki. Ide tartozó esetek: a hagyaték hitelezői és a hagyományosok a beneficium separationis igénybevételével a hagyatéknak a csődtömegtől való elkülönítését kérhetik, továbbá a peculiumával üzletet folytató alieni iurisnak hitelezői a paterfamilias csődjéből kikövetelhetik azt a peculiumot stb.

b) A tömeghitelezők, vagyis azok, kik a csődnyitás után a csőd ellen nyernek követelést. Ezek is a csődhitelezők előtt elégíttetnek ki és csak az ezek kielégitése után fenmarandó vagyonból nyernek utóbbiak kielégítést. Ilyen tömeghitelezők a vagyonbukottnak oly hitelezői is, a kiknek visszterhes még nem teljesített kötelmét a csődhitelezőség, vagy mint mondani szokás, a csődtömeg átvállalta, továbbá a csődtömeg érdekében kötött kötelmek hitelezői, pl. a csődbiróság követelése a csődköltségek erejéig.

Az adósnak minden egyéb hitelezője csődhitelező, a kinek követelése nem teljes, hanem csak arányos kielégítést nyer, a mi a praktikus főkülönbség a dologi és kötelmi jogi követelések közt. A kötelmi követelés teljesitése tehát a csőd által változást szenved, de nem jogit, hanem csak ténylegest. Csak ténylegesen kap kevesebbet a hitelező, de követelése ki nem elégített része tovább is fenmarad és ha az adós később újból szert tesz vagyonra, a hitelező a hátralékos kielégítést követelheti.

A csődhitelezők ismét két csoportra oszlanak. Vannak előjogozott, *privilegium exigendit* nyert hitelezők és vannak másodszor a többiek. Az egyes csoportokon belül a követelések egyenlő, ará-

nyos kielégitést nyernek. Az előjogozott, privilegizált követelések ismét kétfélék, olyanok, melyeknél a privilegium legszemélyesebb jog, privilegia exigendi personae, és olyanok, a melyeknél a privilegium át is örökíthető, priv. exig. causae.

Privilegia exigendi personaevel vannak ellátva: *a*) a fiskus birságkövetelései, a melyekre nézve a forrásokban antinomia van (fr. 37 és fr. Dig. 49, 14), vajjon a nem privilegizált követelésekkel concurrálnak-e, vagy csak azok után elégittetnek-e ki. Az utóbbi nézet méltányosabb, mert különben a büntetés nem az adóst, hanem a hitelezőket érné; *b*) a fejedelem és neje; *c*) a városok és egyházak követelései; *d*) a feleség és gyermekei, valamint a nőnek dos követelése; *e*) a gyámolt és gondnokoltnak követelése a gyám és gondnok ellen. Minthogy ezek közül a hitelezők közül a legtöbben generalis tacita hypotheca legalist, vagyis dologi jogot nyertek, a privilegium fölösleges lett.

Privilegia causaet nyertek a közadós temetkezési költségei, valamely épület újjáépitésére kölcsönadott pénz követelése, a sociusnak valamely közös épület renoválására fordított költségeinek részkövetelése a vagyonbukott társ ellen, hajó megvételére vagy felszerelésére adott kölcsön, a hajóeladásnál hitelezett vételárkövetelés, a deponensnek az argentariusnál, bankárnál, kamat nélkül elhelyezett pénz visszaadására irányuló követelése.

Eltekintve attól, hogy tartozásai kielégitése jogától megfosztatik, a közadós a római jog szerint a csődnyitás után is megtartja rendelkezési jogát vagyona fölött (ma nem), és így fenforog az a veszély, hogy ezt a jogát akár a csőd előtt, akár után hitelezői kijátszására fogja felhasználni. Ezért a praetor az ilyen kijátszások ellen különböző jogsegélyt adott a hitelezőknek, még pedig történetileg a következő sorrendben:

a) Ha a közadós hitelezői kijátszására valamely res corporalist idegenített el olyas valakinek, a ki erről a csalásról tudott, akkor a praetor a birtokba utalt hitelezőknek és a bonorum emptornak vindicatio utilist adott azzal a fictióval, hogy az elidegenités meg nem történt.

b) Minthogy azonban ennél az adós tulajdonát az elidegenités idejére nézve be kellett bizonyitani, a mi probatio diabolica, azért a praetor ugyanezen személyek javára behozta az *interdictum fraudatoriumot,* a mely interdictum adipiscendae possessionis volt és csak annak bizonyításával járt, hogy az elidegenitett dolog közadósnak tényleges vagyonában volt.

c) Ezekhez a praetor rendesen még actio in factumot is csatolt oly ügylettársak ellen, a kiknek a dolog megszerzésekor a fraudatióról tudomásuk nem volt.

d) Végül megigérte, hogy megtagadja az oly contractusokból folyó kereseteket, a melyeket a közadós a szerződő társ tudtával fraudulose kötött.

e) Ha pedig nem a hitelezők léptek in bona decoctoris, hanem csődgondnok rendeltetett ki, akkor a praetor *egy* fraudatorius keresetet adott, a mely oly általános jellegű volt, hogy az adósnak összes machinatiói ellen fordult.

E keresetek közül egyiknek, melyiknek, nem tudjuk, neve actio Pauliana volt. A iustinianusi compilatióban a régi jog ezen keresetei egybeolvadtak és az igy létrejött egységes keresetet szintén *actio Paulianának* szokás nevezni. Ennek feltételei a következők:

1. Hogy a közadós vagyonát akár a csődnyitás előtt, akár utána csökkentette, akár dando, akár obligando vagy liberando, továbbá akár positiv ügylettel, akár elengedéssel (nem szakította meg az elévülést), de már valamely az adósnak felajánlott szerzeménynek (örökség, hagyomány) visszautasítása nem ok erre az actióra.

2. Hogy közadós ezt a vagyoncsökkentést in fraudem creditorum — consilio fraudandi — vitte véghez, vagyis hitelezői károsítása czéljából és hogy az ez által előnyösített harmadik erről tudott (a harmadiknak nem kell fraudulosus szándékúnak lennie, elég, ha közadós frausáról tudott). Csak lucrativ ügyletnél független a megtámadási jog a harmadik tudásától.

3. Hogy a hitelezők tényleg károsodtak. Ennélfogva azoknak, a kik a megtámadott ügylet kötése után lettek a közadós hitelezőivé, nincs megtámadási joguk, valamint nem támadható meg a dolognak rendes áron való eladása sem.

Vitás, vajjon lejárt tartozásnak megfizetését is megtámadhatják-e a csődhitelezők? Régebbi gratificationalis theoria szerint csak akkor, ha az adós önként fizetett, a most uralkodó elmélet szerint egyáltalában nem, mert, mint a források mondják: sibi vigilavit (fr. 6. §. 7. D. 42. 8.). Vitás továbbá a még le nem járt követelés megfizetésének megtámadhatósága is. Ez némelyek szerint egészben, mások szerint csak annyiban támadható meg, a mennyiben a hitelező az előleges fizetés folytán nyert, t. i., hogy az interusuriumot is megkapta. A datio in solutum, továbbá a zálogadás megtámadható, mert ezek új, a tartozásból nem folyó ügyletek.

A megtámadási keresetet mindazok a hitelezők megindíthatják, a kik a károsító ügylet idejében már azok voltak, illetve a csődtömeggondnok. Megindítható pedig a szerző harmadik ellen, a ki a közadós fraudulosus szándékáról tudott (lucrativ ügyletnél még akkor is, ha nem is tudott róla), továbbá a közadós ellen is (természetesen csak akkor, ha újabb vagyont szerzett), sőt (Baron szerint) az ellen is, a kire a szerző harmadik a dolgot tovább elidegenítette, ha t. i. ez a negyedik stb. is tudott közadós frausáról, mert ő fautor delicti. Maga a kereset actio in personam, és arra irányul, hogy a megkárosított hitelezők oly állapotba helyezendők vissza,

mintha a vagyoncsökkentés meg nem történt volna. A frausról tudó harmadik tehát a dolgot cum omni causa, tehát gyümölcsökkel, kamattal, accessiókkal együtt köteles kiadni, még pedig nemcsak azokat a gyümölcsöket, a melyeket ő nyert, hanem a melyeket a fraudulosus közadós valószinűleg nyert volna. Jóhiszemű harmadik csak a keresetinditáskori gazdagodása erejéig felel az actio Paulianával szemben. Az actio Paulianával szemben alperes a szükséges kiadásoknak és ellenszolgáltatása megtérítését követelheti, ha t. i. ez utóbbi a csődtömegben még megvan, illetve, ha a csődtömeg ez által gazdagodott. A kereset egy annus utilis alatt elévül, ezután már csak a gazdagodás erejéig indítható. Alperes örökösei az obligationes ex delicto elvei szerint felelnek.

136. §. A compensatio.

Kötelemszüntető tény harmadszor (első a solutio, második a datio in solutum) a compensatio, a mely abban áll, hogy alperes adós nem teljesíti a hitelező követelését, hanem azt mondja, nekem is van ellened követelésem, és ha én most a te követelésedet teljesíteném, rögtön utána jogosítva volnék az én követelésem fejében tőled ugyanazt, a mit teljesitettem, visszakövetelni. Már pedig dolo petit, qui petit, quod mox redditurus est. Ennélfogva a későbbi római jog megengedi, hogy alperes a felperes követelését a magáéval paralizálja. Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. A régi római jog ezt nem ismerte. Csak a praetor adta meg bizonyos kivételes esetre, hogy ha A. tartozik B.-nek és B. is A.-nak, A. csak a plust, a saldót követelhesse. A praetor által így szabályozott eset volt, hogy az argentarius (a bankár) csak cum deductione perelhet, ilyen volt a bonorum emptor, a csődmassa vevője, a ki köteles a csődmassa adósai ellen irányitott követeléseiből azt levonni, a mivel a vagyonbukott neki tartozott. Későbben általánositották a beszámítást, még pedig a bonae fidei iudiciumokban feltétlenül, a stricti iurisokban csak akkor, ha az exceptio doli a formulába inseráltatott. Marcus Aurelius általánositotta ezt így, sőt Iustinianus még tovább ment és kimondta, hogy minden esetben (még a dologi igényeknél is), a hol alperes a maga követelését felhozza, a biró köteles a compensatiót mint a bona fides által követeltet tekintetbe venni, még pedig, mint a források mondják, ipso iure compensatur. Ipso iure, mert a császár hozta be, (az ipsum ius itt tehát a ius novumot jelentette), de nem jelenti az ipso iure compensatur azt, hogy a compensatio hivatalból veendő tekintetbe. Ellenkezőleg, a biró csak akkor veszi figyelembe, ha az adós ezt kéri stb., a stricti iuris ügyleteknél is csak akkor, ha az adós már a praetortól a doli exceptio inserálását kérte, itt tehát még római jogi értelemben is csak ope exceptionis hat.

A compensatiónak akkor van helye, ha

1. a két követelés tárgya *hasonnemű*. Ennek legfontosabb esete, ha mindkét követelés tárgya pénz vagy más fungibilis dolog;

2. mind a két követelés *esedékes* legyen;

3. a compensaló követelése legyen *liquid*, valódi, rögtön bebizonyitható, ne késleltesse felperes követelését. Ha alperes követelése nem bizonyitható be rögtön, vagyis nem liquid, a biró részitéletet hoz;

4. kell, hogy a compenzáló követelés *alperes részéről felperes irányában álljon fenn*, de a kezes compenzálhat a főadós követelésével is, és az egyik correus socius a másiknak követelésével, továbbá a debitor cessus a cessionarius ellen compenzálhatja a cedens iránti követelését, a mely még a cessio előttről való.

A compensatio formája az exceptio doli.

Hatása, hogy felperes obligatiója megszünik, még pedig nem az exceptio doli emelésekor, hanem abban a pillanatban, mikor az ellenkövetelés esedékessé vált. Vagyis a compensatio ex tunc hat, egyik fél sem kérheti az esedékesség óta folyó kamatokat, nem állnak be a mora és hatásai, elesik a nemteljesitéshez fűzött kötbér stb. Az obligatiónak ezt a visszanyuló hatását tekintik. Azo glossator nyomán az újabbak annak, a mit a források ipso iure compensaturnak neveznek.

Néhány kivételes esetben nincs helye a compensatiónak, így a depositumból folyó direct actióval, a birtok jogtalan elvonásából származó követeléssel, a fiscusnak és a városnak bizonyos követeléseivel és a tartásra való igénynyel szemben.

137. §. A novatio.

A felek' úgyis megszüntethetik a kötelmet, hogy új kötelmet alapitanak, egyrészt abból a czélból, hogy azt a czélt, a melyet a régi szolgált, most ez szolgálja, másrészt, hogy a régi kötelem ez által megszüntettessék, a hitelezőnek új, jobb eszköze lévén az illető czélra. Windscheid és a német polgári törvénykönyv. a novatiót a datio in solutum fogalma alá vonják, ámde mig a datio datio in solutum a régi kötelmet csak megszünteti, addig a novatio új formában tovább fentartja. Praktice ez nagy különbség, mert mig a datio in solutumnál a régi obligatio járulékai, kezesség, zálog természetesen megszünnek, addig a novatiónál a felek rendszerint a régi biztositékokat is fenn akarják tartani. Ha már most a novatiót a datio in solutum fejezetébe sorozzuk, ezeknek a járulékos jogoknak meg kell szünniök. Igaz, hogy a felek megújithatják, de az nem mindegy, hogy a régi zálogjogot tartom-e meg vagy újat kapok-e; mert a régi, esetleg primus volt, holott az új, esetleg csak a hatodik helyre kerül. Az sem mindegy, vajjon A. mint régi kezes

marad-e meg vagy új kezességet vállal-e, mert azóta cselekvési képessége változhatott.

A novatio tényállásához tartozik, hogy először is követelés álljon fenn, a mely naturalis is lehet, és másodszor a régit megszüntető kötelem létesíttessék (novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio). Ennek az új kötelemnek causája a réginek megszüntetése, ezenfelül külön causája nem lehet. Az tehát nem lehet, hogy az 1000 frtos bértartozást úgy újítom, hogy azt mondom, megveszem a házadat 1000 frton. Ez nem novatio, mert az újnak saját külön causája van. A novatio czéljaira tehát causalis obligatio nem, hanem csak abstract használható. Innen van, hogy a iustinianusi jogban csak stipulatióval lehetett novální, mert a litteral obligatio megszüntével ez volt az egyedüli abstract kötelem; ma váltó és alaktalan abstract szerződés formájában lehet (ha ugyan ennek létezését Bähr alapján elismerjük). Ma a novatio rendes formája az, hogy adós úgy szól: elismerem, hogy neked tartozom és kötelezem magam, hogy fizetni fogok. Ez az elismerés nem ténybeismerés, hanem csak dispositio. Más igen gyakori forma: „elismerem, hogy vételár fejében tartozom neked 100 frttal és kötelezem magam, hogy ezt neked, mint kölcsönt meg fogom fizetni“, vagy: „ön ezt nekem egy további évre kölcsön adta“. A praxisban, ha aztán perre kerül a dolog, alperes azt szokta kifogásolni, hogy hisz ő nem vett fel kölcsön valutát, az neki le nem számoltatott, a kölcsönről kiállított ez az okirat tehát nem perelhető és ez alapon nálunk több itélet is van, hogy felperest elutasították. Helytelenül, mert itt a kölcsön szó nem jogi műértelemben használtatott, itt a kölcsön csak annyit jelent, mint hitelezés, úgy hogy ez nem kölcsönelismervény, hanem abstract szerződés, a melylyel a régi kötelem esetleg nováltatott. (Lásd Schwarz: Magánjogi fejtegetések, kölcsönszerződés mint elismerési szerződés.)

A novationalis obligatio a régi gazdasági czéljának folytatására szolgál. Lehet, hogy a kamat most nagyobb lesz, az alanyok is változhatnak, de a gazdasági czél ugyanaz marad. A szerint, a mint az alanyok változnak, vagy sem, beszélünk *novatio simplexről*, ha alanyváltozás nem történt, *expromissióról*, ha az adós személye a réginek kivánsága nélkül változott, *delegatio debitiről*, ha a régi adós mandatuma vagy iussusa folytán új adós novál a régi hitelezővel, *delegatio nominisről*, ha a régi hitelező mandatuma vagy iussusa folytán új hitelező nővál a régi adóssal. Minden ilyen személyváltozás azonban csak akkor novatio, ha *animus novandi*-val köttetett az új obligatio, ha a felek az új obligatiót nem a régi mellé, hanem helyébe akarták constituálni. Ha ez animus novandi nem kétségtelen, akkor a iustinianusi jogban is, ma is a praesumptio az, hogy az új obligatióval nem novální akartak, hanem a régi mellé akarták constituálni. Az tehát, hogy valamely tartozásomról

váltót adok, még nem szünteti meg a régi kötelmet, hacsak ezt a szándékot világosan ki nem fejezzük, az csak új eszközt ad a régi mellé a régi és tovább is fenmaradó obligatio czéljának elérésére. Ha a váltót kifizetem, akkor a másik, az eredeti obligatio is, mint czéljafogyott, persze megszünik.

A novationalis obligatio a feleknek erre irányuló szerződéséből jön létre, ezért neve *novatio voluntaria.* Szoktak még *novatio necessariáról* is beszélni, a mikor t. i. ex lege lép a régi kötelem helyébe új. Ilyen novatio necessariát szül a litis contestatio és a birói itélet, mert ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Ez a novatio necessaria azonban nem valóságos novatio. Nem az, mert míg az igazi novatiónál a régi kötelem teljesen megszünik, addig a necessariánál a régi kötelem mint naturalis obligatio tovább is fenmarad, továbbá míg az igazi novatiónál az accessorius jogok, hacsak a felek kifejezetten másként nem intézkedtek, megszünnek, addig a novatio necessariánál ex lege tovább fenmaradnak.

Megjegyzendő, hogy a novationalis kötelem nemcsak egy obligatio helyébe léphet, hanem többet is újíthat. Erre a czélra a római jogban az ú. n. stipulatio Aquiliana szolgált.

138. §. Az elengedés.

A római jogban ez nem egyoldalú actus. Csak az adóssal kötött szerződés útján lehetett adósnak a tartozást elengedni. Ezt a német codex is elfogadta. Csakhogy expromissióval ez a szabály könnyen ki volt játszható. B.-vel átvállaltatom az A. adósságát, a mihez A. beleegyezése nem szükséges, és aztán B.-nek engedem el vele kötött szerződéssel ezt a tartozást. Igy aztán A. mégis akarata ellenére szabadul kötelme alul és szünik meg ez a kötelem. Az elengedéshez szerződést kivánni tehát nem következetes és belsőleg erős azoknak nézete, kik az egyoldalú elengedés lehetőségét vitatják.

Az elengedésnek a római jogban két eszköze van:

1. Ius civile szerinti eszköz az *acceptilatio.* Az acceptilatio liberatorius, sollemnis, abstract szerződés. Voltaképen a stipulatio megszüntetésére szolgált. A római jogban t. i. azt az elvet követték, hogy minden obligatiót keletkeztető tényének contrarius actusával kell megszüntetni. Nem a teljesítés szüntette meg az obligatiót, hanem a contrarius actus. Ha stipulatióban 100 frtot igértem, akkor a 100 frt fizetése nem mentesitett, hanem csak az, ha a stipulatio contrarius actusa, az acceptilatio végbevitetett. A nexumot a nexi liberatio, a litteral contractust az acceptilatio litteris szüntette meg, a consensualist a contrarius consensus (némelyek szerint a mutuus consensus ellentéteképen mutuus dissensusnak neveztetik,

helytelenül, mert a liberatorius szerződéshez is consensus szükséges). Hogy az acceptilatio mégis generalis szüntető tény lett e formalis plastikus elv daczára is, annak az a magyarázata, hogy bármely kötelmet stipulatióval, többeket stipulatio Aquilianával, nováltak, ezt a stipulatiót aztán az acceptilatio megszüntette. Az acceptilatio, mint mondtuk, abstract szerződés. Ennek látszólag ellenmond az, hogy úgy ment végbe, hogy az adós azt kérdezte a hitelezőtől: acceptum habes-ne, mire az azt felelte: acceptum habeo, vagyis látszólag causája a teljesítés volt. Ez azonban csak fictiv causa, vagyis semmi causa, mert valóságban a megtörtént acceptilatióval szemben a hitelező hiába bizonygatta, hogy acceptum non habet. Az acceptilatio ipso iure hatott, csak in iudicio kellett felhozni. Az acceptilatiót, bár szövege hasonló, nem szabad összetéveszteni a nyugtával. A nyugta csak bizonyítási eszköz, az acceptilatio maga jogalap.

2. *A pactum de non petendo* ius honorarium szerinti elengedés. Csak ope exceptionis hatott, vagyis már in iure volt felhozandó, de csak a stricti iuris obligatióknál. Bonae fideieknél nem, mert exceptio doli bonae fidei iudiciis tacite inest. A pactum de non petendo néha nem teljes elengedés, hanem csak részleges, pl. több adós közül csak az egyiknek engedi el a tartozást p. d. n. p. in personam (ellentétben a tartozást, minden adósnak elegendő p. in remmel), vagy csak bizonyos időre engedi el, p. d. n. p. in certum tempus stb.

Ma a két elengedés közti különbség megszünt, és a biró az elengedést hivatalból veszi figyelembe, vagyis ma a pactum de non petendo ipso iure hat. (Ellenkező nézeten van Baron.)

Itt említendő a kényszerelengedés is. A római jogban a hitelezők többsége, a mi alatt nem a hitelezők száma, hanem a követelések nagyobb összege értendő, az adósnak nemcsak moratoriumot adhatott, mint azt már tárgyaltuk, hanem egy esetben, t. i. hogy az örökösnek lehetővé tegyék az eladósodott örökség elfogadását, a tartozások egy aránylagos részét elengedheti úgy, hogy az a kisebbséget is kötelezze. A praxis ezt arra az esetre is kiterjesztette, ha a hitelezők többsége azért engedte el a tartozás egy részét, hogy az adós a csődöt elkerülje. A kisebbség követeléseinek biztosítására rendelt zálogokra és kezességekre azonban ez a kényszerelengedés (accord) nem vonatkozik.

139. §. Egyéb szüntető tények.

Megszünhetik az obligatio:

6. **Egyik alanyának elestével**, ha a felek előre kikötötték, hogy csak az ő személyükre szorítkozzék a kötelem. Egyébként szabály szerint a felek egyikének-másikának halála nem megszüntető tény, hanem csak alanyilag változtató, a mennyiben az elhúnyt helyébe örököse lép.

7. **Confusio.** Ha az obligatióban álló felek közül az egyik a másiknak successora pl. örököse lesz, akkor az obligatio per confusionem megszünik, mert senki sem lehet önmagának az adósa, hitelezője. Az örökösödésnél, ha pl. hitelező örököl az adós után, nem azért szünik meg a kötelem, mert a hagyatékból kielégítheti magát, hanem attól függetlenül, tehát még akkor is, ha a hagyaték passiv.

8. **A szolgáltatás lehetetlenülése.** Ha a szolgáltatás adósnak fel nem róható módon lehetetlenül, akkor adós obligatiója megszünik, ha a lehetetlenülés részleges (periculum deteriorationis szemben a periculum interitussal), akkor ennek erejéig szünik meg az obligatio.

Ide tartozik az az eset is, ha a hitelező a maga követelését már más módon megkapta, pl. a szolgáltatandó dolgot mástól kapta. Ilyenkor is lehetetlenül az adós obligatiója és igy megszünik. (Hartmann szerint ez nem esete a lehetetlenülésnek, hanem az obligatio mint czéljavesztett szünik meg.) Ha azonban a hitelező az adóstól szolgáltatandó dolgot kiadások árán szerezte meg, akkor az adósnak ezeket meg kell téritenie, de persze csak tartozása erejéig. Ez tehát csak relativ szüntető tény. Ellenben absolute hat, ha a hitelező, a kinek valami ex causa lucrativa, pl. hagyomány, ajándék czimén jár, ezt a dolgot más lucrativ causa alapján kapja. Ez a *concursus causarum duarum lucrativarum*, a mely által az adós teljesen mentesül.

9. **Nyilvános depositio** megszünteti a teljesitést felajánló, de a hitelező morája folytán vagy más okból a teljesitésben akadályozott adós obligatióját.

10. A restitutio in integrum, a resolutiv feltétel és a dies ad quem beállása, a hitelező érdekének megszünése, accessorius kötelmeknél a főkötelem megszünése stb.

V. FEJEZET. A KÖTELMEK VÉDELME.

Erről már a kötelem általános joghatásánál volt szó. Lásd ott.

VI. FEJEZET. FÜGGELÉK. A KÖTELMEK BIZTOSÍTÁSA ÉS MEGERŐSÍTÉSE.

140. §. A constitutum debiti.

Az obligatio csak eszköz valamely czél elérésére, nem önczél. Ezzel a fogalmával az obligatiónak megfér, hogy ugyanarra a czélra több obligatio fennálljon. Ez a több obligatio esetleg ugyanazon, esetleg más személyek közt áll fenn.

A régi római jog a maga formalismusában persze nem ismerte el az obligatióknak ilyen többségét. Ennek oka Dernburg

szerint, a kit a továbbiakban követünk, valószinüleg az volt, hogy több obligatiónál többszöri kielégitéstől féltek, holott az obligatio czélja csak egyszeri kielégités. Ezért ugyanannak a tárgynak újbóli igérésénél, ha az valami újat tartalmazott, a régi jog novatiót követelt és ha az új kötelem semmi újat sem tartalmazott, akkor kötelező sem volt. A római jog fejlődésével ez a merevség is megszünt. Lassanként elismerték az accessorius stipulatiókat is az eredeti kötelezettség mellett, a mint az ma igen gyakori, pl. váltó kiállitása novationalis szándék nélkül.

Ide tartozik a rómaiaknak forgalmában igen fontos intézmény, a mely ma már római formájában nem szerepel, a *constitutum debiti*. A constitutum debitinek a római jogban a tartalma az, hogy valamely fennálló tartozásnak bizonyos meghatározott terminusban való teljesítését igéri. Ily módon a régi tovább is fennálló kötelem mellé azt biztositó, erősitő új lépett, a melyből a hitelezőnek külön keresete is támadt: *actio de pecunia constituta*. Rendesen akkor kötötte meg az adós, ha már esedékes adóssága számára új terminust akart szerezni. Épen ebből magyarázható, hogy a constitutum meg nem tartása becstelenség számba ment, és hogy a constitutum be nem tartása esetén adós a tartozási összegen felül annak még egy felébe marasztaltatott el. Vagyis a constitutum be nem tartása esetére sponsio dimidae partist is tartalmazott. Constitutum persze csak fennálló tartozásra volt köthető, de lehetett az így megerősitett obligatio naturalis is. A megkötés után azonban a constitutumból folyó obligatio független volt a főobligatiótól, ez utóbbinak naturalissá válása, kielégitéssel nem járó megszünése előbbin nem változtatott. Ha persze a főkötelem kielégittetett, a constitutum is mint czéljavesztett megszünt.

A constitutumnak lényeges eleme volt a meghatározott fizetési idő, de a későbbi jogtudomány e nélkül is elismerte, csak azt kivánta meg, hogy a constitutum tárgya a főkötelemmel lényegileg azonos legyen. De nemcsak az adós erősithette meg a maga tartozását constitutummal, ú. n. *constitutum debiti proprii*, hanem más valaki is *constitutum debiti alieni*. Ez utóbbi már a kezességnek volt egy formája, a melyet azért kedveltek, mert szigorubb volt, mint a rendes kezesség, a mennyiben a constitumbéli adós a főadósnak solidaris (nem correalis) adóstársává lett. Néha az idegen tartozás elismerésével a felek nem erősiteni akarták a főobligatiót, a mellé állitva az újat (constitutum debiti cumulativum), hanem annak helyébe akarták az újat állitani (const. deb. privativum), a mikor is novatioként hatott.

Ma már a constitutum intézménye római értelemben ismeretlen. Ma is történnek ugyan fizetési igéretek, de ezek nem római értelmű constitutum debitik. Nem azok, mert ma, ha fennálló adósság megfizetését igérjük, annyit igérünk megfizetni, a mennyi a tartozás lejáratakor lesz, nem pedig, a mennyi az igéretkor. A mai

fizetési igéret nem egységes intézmény, különböző czélra szolgál, majd adósságelismerés, majd kezesség stb. Ezzel szemben Bruns, Arndts, Windscheid, Baron és mások ma is létezőnek mondják a constitutumot.

141. §. A kezesség.

Az obligatiónak megerősítésére és biztosítására szolgált az is, ha több adós vállalta el akár solidariter, akár correaliter a tartozást. Erről már volt szó. Ezeknél fontosabb és gyakoribb módja a kötelem megerősítésének és biztosításának a kezesség.

Kezes az, a ki idegen tartozásból folyó teljesítésnek a biztosítására, a hitelezővel szemben a főadós mellett accessoriusan a tartozás teljesítésére kötelezi magát. A kezesség a kezes és a hitelező közt létrejött erre irányuló szerződésből folyik, de más természetű ügyletek is szülhetnek kezességi hatást.

A római jogban a kezességi szerződés a stipulatio (adpromissio) volt, még pedig történeti egymásutánban három formában:

a) A legrégibb mód a *sponsio* volt; a főadós stipulatiója után a kezestől kérdezte a hitelező: idem spondes-ne? Csak civis élhetett vele.

b) A peregrinusok által is használható volt a *fidepromissio*, a melynél a főadós stipulatiója után a kezeshez intézett kérdés: idem fidepromittis-ne volt.

Ez a két forma csak verbalis obligatio után vállalt kezességre szolgálhatott, továbbá az így létrejött kezesség át sem volt örökíthető és fennállott még akkor is, ha a főtartozás esetleg semmis volt. Ezen segítendő behozták

c) *a fideiussiót*, idem fide tua iubes? formában. Peregrinusok is élhettek vele, a kezes örököseit is kötelezte, továbbá nemcsak verbalis, hanem bárminő más obligatióhoz is járulhatott, sőt nemcsak a főkötelemmel egyidejűleg, hanem később, sőt még azt megelőzőleg is létrejöhetett.

A kezesség a római jogban nemcsak magánjogi, hanem politikai, socialis jelentőségű is volt. A római polgár becsületbeli kötelessége volt clienseért kezességet vállalni, a mivel egyrészt hitelt szerzett neki, másrészt meg magához vonzotta. Ez azonban nehéz teherként súlyosodott az aristokratiára, a miért is a köztársaság idjén számos a kezességet enyhítő törvényt hoztak. Ezek közt legnevezetesebb a *lex Furia* a sponsorok és fideipromissorokra vonatkozólag. Ez kettőt rendelt. Elrendelte először is, hogy két év leforgása alatt az ilyen kezes felszabadul, másodszor, hogy ha több kezes van, a tartozás már ex lege megoszlik köztük. A justinianusi jogban már csak a fideiussio van érvényben. Ez is strict jellegű, a mennyiben érvénytelen, ha többre vagy másra irányult mint a főadósság.

Érdekes vitakérdés, hogy a fideiussio a correalis kötelemhez hogy viszonylik. Erről a kérdésről a correalis obligatiónál már szólottunk.

A római jog a kezességre szolgáló stipulatión kivül, még más voltaképen nem erre a czélra szolgáló ügyletet is felhasznált, hogy a kezesség hatását elérje. Így felhasználta a constitutumot és a mandatumot.

1. A *constitum debiti* eleinte és első sorban a saját tartozásnak megerősítésére szolgált, de már a császári időben másnak a tartozását is el lehetett vele vállalni, constitutum debiti alieni. Az ilyen fizetési igéret nem mindig szolgált biztosításul, mást is czélozhatott, különösen adósságátvállalást (constitutum privativum), úgy hogy igen ritkán használták a kezesség czéljaira, annál is kevésbbé, mert az ilyen kezest még sponsio dimidiae partis is kötelezte és még akkor is kellett teljesítenie, ha a főkötelem a perlésig esetleg megszűnt.

Sokkal gyakrabban szolgált a kezesség czéljára a *receptum argentarii*. A bankár valamely üzletbarátjaért való teljesitést igéri ebben a hitelezőnek, rendesen természetesen az üzletbarát utalványára. A receptum alapja az volt, hogy az utalványozó a harmadiknak tartozott, a mikor is a receptum kezességi jellegű volt, de szolgálhatott a receptum másra is. Iustinianus a receptumot beolvasztotta a constitutumba, és ezóta gyakoribb volt a constitutum felhasználása kezességre.

2. Igen gyakori a hitelezési megbizás — *mandatum qualificatum* — azaz megbizás arra, hogy a megbizott valamely harmadiknak hitelezzen. A megbizás teljesítésével a kezességhez hasonló viszonyt nyerünk, mert ha a harmadik fizetni nem akarna, a megbizott a megbizó ellen fordulhat actio mandati contrariával, azon az alapon, hogy a meg nem térített kölcsön a megbizásból folyó veszteség, kiadás. A mandatum qualificatum a mandatum szabályait követi, akár a megbizó, akár a megbizott halálával megszűnik, felmondható stb. Mégis annyiban tér el a mandatum simplextől, hogy a megbizó itt a megbizás teljesítését nem követelheti, lemond mandati actio directa-járól, mert ennek a mandatumnak a czélja nem a megbizott kötelezése a hitelezésre, hanem fordítva megbizónak kötelezése a kártérítésre, ha a megbizott a megbizásnak eleget tesz. Ez sem igazi kezesség, mert a megbizó — a kezes — nem azzal tartozik, a mivel a főadós, t. i. teljesítéssel, hanem kártérítéssel, és a főadós ellen folytatott per litis contestatiója a mandator kötelezettségét meg nem szünteti.

E közül a két intézmény közül ma már csak a hitelezési megbizás praktikus. A kezesség minden egyéb formája ma már egybeolvadt, és ez az egységes kezesség a római fideiussio szabályait követi, kivetkőztetve azt persze strict jellegéből. (Némelyek a constitutum debitinek ma is fennállását vitatják, alig helyesen.)

Ma a kezesség bármily alaktalan szerződésben megköthető, *accessorius* jellegű, ha tehát a biztosított követelés a kezesség kötésekor semmis volt, a kezesség sem jön létre, megszünik a főkötelem megszüntével. Ellenben naturalis vagy jövendő kötelem kezességgel megerősithető. Ma a kezesség nemcsak úgy lehető, hogy ugyanazt igéri, mint a főadás, tárgya esetleg más is lehet — árú helyett pénz — csak a vagyoni érdek legyen ugyanaz. A kezes súlyosabb kikötéseknek vethető alá, mint a főadós, többel tartozhatik, a mikor is a többlet kártérítés számba megy, és így a többre való kötelezés ellentétben a fideiussióval a kezességet meg nem szünteti. A kezesség accessorius jellegével nem tévesztendő össze *subsidiaritása*, hogy t. i. a kezes csak akkor támadható meg, ha a főadóstól a teljesités már el nem érhető. A régi római jogban ez ismeretlen volt és csak a beneficium excussionis behozatala óta (Iustinianus) lett szabálylyá. Hogy a kezes mily terjedelemben felel, az első sorban a kezességi szerződéstől függ. In dubio teljes kezességet vállal, vagyis kezességet mindazért, a mit a főadós a főkötelem folytán majd teljesiteni tartozik a kezesség érvényesitésekor. A kezes tehát a főadós mora-, dolus- és culpa-jáért is felel. Ügyleti kamatokra, kötbérre és más külön kikötésekre azonban a kezesség in dubio ki nem terjed. A kezesség tárgya a főadós kötelmének a teljesitése. Ebből foly, hogy a kezes mindazokat a kifogásokat emelheti, a melyeket a főadós, és ezt meg a főadós tiltakozásával szemben is megteheti. Ez alól kivétel, hogy a kezes a főadós némely exceptióját, pl. az exc. SC. Macedoniani-t csak akkor emelheti, ha neki a főadós ellen regressusa van, más legszemélyesebb exceptiót pedig — pl. a beneficium competentiaet, a kényszer elengedésre való hivatkozást — egyáltalán nem.

A classicus jog szerint a hitelezőnek szabad választása volt, ő akár a kezest, akár a főadóst perelhette. De ha a per bármelyikük ellen a litis contestatióig jutott, akkor igénye a másik ellen is megszünt. Iustinianus ezt megszüntette (l. 28, C. 8, 40), úgy hogy a hitelező a főadóst és a kezest akár egyidejűleg, akár egymásután perelhette. Később azonban megadta a kezesnek a *beneficium excussionist seu ordinist*, hogy t. i. felperestől keresetével szemben exceptio excussionis seu ordinissal azt követelheti, hogy előbb a főadós ellen forduljon, és csak ha a főadós elleni végrehajtás is sikertelen maradna, perelje be őt. Felperesnek csak akkor kellett a főadós elleni sikertelen végrehajtást bizonyítania, ha alperes kezes ezt az exceptiót emelte, különben nem. Bizonyos esetekben azonban ez az exceptio nem volt emelhető, így ha a főadós távol volt, ha a kezes a kezességet letagadta, ha a főadós ellen a csőd megnyittatott, vagy ha kényszeregyezség biztositására szolgált. A kezesség subsidiaritása szerződésileg is kiköthető, fideiussio indemnitatis, a mikor a subsidiarius felelősség nem beneficium, hanem a szerződésből foly. Ily esetben a kezes még akkor sem támadható

meg, ha a főadós csődbe jutott — a hitelezőnek a csőd végét kell bevárnia. Még subsidiariusabb jellegű a kezesért vállalt kezesség, alkezesség, a minek az az értelme, hogy az ilyen alkezes csak akkor támadható meg, ha úgy a főadós, mint a főkezes elleni végrehajtás sikertelen volt.

A régi sponsiónál, ha a sponsor a főadós helyett teljesitett, akkor ez ellen regressusa volt, igen előnyös keresettel az *actio depensi*-vel. Ilyen magából a kezességből folyó regressus ma már nincs. Ma a regressus azon a jogviszonyon alapszik, a mely a főadós a kezes közt fennáll, és a melynek alapján utóbbi a kezességet elvállalta. Így ha a megbizás folytán vállalta el, mandati actio contrariája van, ha megbizás nélkül, de persze nem adós ellenkezése ellenére, vállalta, actio negotiorum gestorum contrariával élhet. Ha animo donandi kezeskedett, semmi regressusa sincs. A kezesnek a főadós ellen ilyetén regressusa biztositására szintén vállalhat valaki kezességet, ú. n. hátkezességet.

Az adóshoz való jogviszonyból folyó regressuson kivül megvan a kezesnek a *beneficium cedendarum actionum* is, a melynek értelmében azt kérheti a hitelezőtől, hogy ez a teljesités ellenében rácedálja a maga követelését a főadós ellen. Ilykép a kezes a hitelező successorává lesz.

Ha ugyanazon követelés biztositására többen vállaltak kezességet, akkor ezek a kezesek solidaris adóstársak, vagyis mindegyik az egészért felel. Ha az egyik közülük fizetett, társai ellen ennek alapján nem, hanem csakis akkor fordulhat, haköztük erre jogot adó viszony, pl. társaság forog fenn. E mellett még két beneficium is áll rendelkezésére, a mivel a teher megosztását elérheti.

Az egyik a *beneficium divisionis*, a mely szerint felperes hitelezőtől a követelésnek az összes kezesek közül való megosztását követelheti. Nem élhet ezzel a kifogással, ha a kezességet tagadja, ha a kezestárs távol van vagy kezeshetősége joggal kétségbe vonható, ha e beneficiumról lemondott, vagy ha kereskedelmi ügyletről van szó. Másik eszköze a már tárgyalt *beneficium cedendarum actionum*.

Megszünik a kezesség mindazon tények által, a melyekkel minden obligatio, azonfelül nehány specialis megszüntető ténye is van. Ilyenek:

a) Ha a főkötelem megszünik, megszünik a kezesé is. De ez csak akkor áll, ha a főkötelem materialiter kielégittetett vagy confusio áll be. Ha azonban a főkötelem mint naturalis obligatio fenmarad, vagy megszüntetése csak excipiendo érvényesithető, akkor a kezesség teljes érvényű marad. Ilyen marad akkor is, ha a kezesnek a szolgáltatás lehetetlenülése felróható, bár ez esetben a főkötelem megszünik.

b) Megszünik a kezesség akkor is, ha a főadós és kezes egymásnak successorává lesz. Ilyenkor csak a főadósság marad fenn, ha csak a kezességi kötelem a hitelezőnek nem előnyösebb.

c) Felszabadul a kezes, ha a hitelező jogok feladásával vagy a tartozás behajtásánál tanusitott hanyagsággal őt kár ellen óvó törvényes segédeszközeitől megfosztotta, vagy azokban megröviditette. Ezt a tételt a római jog nem ismeri.

142. §. Egyéb erősítő és biztosító intézmények.

1. **Az arrha.** A szerződés megkötése után a felek rendszerint egymásnak valami értéktárgyat adnak át, abból a czélból, hogy ez a szerződés megkötésének bizonyságául szolgáljon. Ez az *arrha confirmatoria*, a foglaló. Néha az arrhanak büntetési czélja van — *arrha poenitentialis* — még pedig kétélüen. Ha az ügylet meghiusultát az arrhát adó okozta, akkor elvesztette az iránta való jogát, ha pedig az arrhát kapó okozta, duplán kellett azt visszaadnia. Ma csak az arrhát adó büntetésére szolgál. Néha az arrha mindkét czélt, úgy a bizonyitót, mint a büntetőt egyesitheti magában. És ez ma a rendes eset. Ez alapon a foglalót kapó jogosítva van ez arrhát megtartani, a helyett, hogy a kötelem teljesitését kivánná. Más a *bánatpénz*, szintén arrha poenitentialis, a mely az adósnak ad facultas alternativat. A foglalót kapó a foglaló tulajdonosává lesz és csak obligatorie van a visszaadásra illetve a teljesitésbe való beszámitásra kötelezve.

2. **Kötbér, poena conventionalis** l. a kötelem tárgyánál.

3. **Zálog** l. a dologi jogban.

4. **Eskü.** A kötelemnek eskü alatt való igérése (iuramentum promissorium) nemcsak vallási és becsületbeli szempontból erősiti a kötelmet, hanem, bár az érvénytelent érvényessé nem teszi, jogi hatással is jár, így pl. a praetor a kiskorúnak nem ad in integrum restitutiót, ha kötelmét esküvel erősitette meg és a nőt sem menti a SC. Velleianum esküvel megerősített intercessiója alól.

5. **Obligationes (actiones) adiecticiae qualitatis** l. az institutio kézikönyveket.

143. §. Az intercessio.

Intercessio, közbenjárás materialiter ránk nézve idegen adósságnak biztositása vagy elvállalása, azon hitben, hogy a teljesitést az érdekelt fél fogja véghezvinni, és azon czélból, hogy az illetőnek ez által hitelt szerezzünk.

Megkülönböztetünk cumulativ és privativ intercessiót. Cumulativ akkor, ha a materialiter érdekelt mellé lépünk, pl. kezességet vállalunk érte, correalis adóstársává leszünk, zálogot adunk tartozása biztositására, ellenben privativ, ha az érdekelt helyett vállaljuk el a tartozást, pl. átvállaljuk tartozását akár delegatio debiti, akár expromissio alapján, vagy ab ovo csak magunkat kötelezzük, holott a kötelem előnyeit nem mi, hanem ő élvezte, pl. váltót adunk,

holott az értéket nem mi kaptuk. Minthogy az intercessio nem valóságos teljesítés czéljából történik, a mivel persze a hitelező nem törődik, hanem azon hitben, hogy teljesíteni majd az érdekelt fog, ezért az intercedens, ha mégis ő volt kénytelen teljesíteni, attól, kinek érdekében intercedált, kártérítést vagy teljesítés előtt fedezetet kérhet, még pedig vagy mandati actio contrariaval, ha az érdekeltnek tudtával és kérelmére, negitiorum gestorum actio contrariaval, ha tudta nélkül, de rá nézve utiliter intercedált.

Ez a regressus persze nagyon kétséges értékű, mert ha az érdekelt hitele ép volna, nem szorult volna másnak, intercessiojára. Éppen ezért a római jog a nőknek intercessióját korlátozni akarta és korlátozta is, mert ismert jószivűségük-, könnyelműségüknél és gyengeségüknél fogva könnyen rábirhatók arra, hogy másért intercedáljanak. Ezért a *SC. Velleianum* (Kr. u. 46) kimondta, hogy a nők kezessége és idegen kölcsöntartozások elvállalása általuk exceptióval, melynek ép ezért excepti SC. Velleiani a neve, megtámadható. Ezt aztán kiterjesztették a nőnek bármely idegen tartozásokért elvállalt obligatiójára. Ha azonban a nő tudatában volt annak, hogy nemcsak hitelemelés az ő intercessiójának a czélja, hanem maga akarta a terhet viselni, semmi szükség sem volt a jog védelmére és ezért idegen tartozásnak megfizetése vagy bármily más materialis kielégítése a nő részéről teljesen érvényes volt. Ellenben megtámadható volt az idegen tartozásnak biztositása és elvállalása a nő részéről akkor is, ha azt nem intercessionalis czélzatból tette, hanem abban a hiszemben, hogy ő is érdekelve van. A praxis azonban ezt elejtette. Nem emelheti a nő a védelmére szolgáló exceptiót: *a*) ha a hitelező nem tudta, hogy nő intercedál, *b*) ha kiskorú volt és az, kiért a nő intercedált, a követelést ki nem elégitheti, *c*) ha a nőt dolus terheli, *d*) ha a nő intercessiójáért fizetést vagy fedezetet kapott, *e*) ha dos igéretért intercedált, *f*) ha intercessióját két év mulva megismételte.

Az exceptio SC. Velleianival megtámadott intercessio semmissé lesz, azaz még naturalis obligatio sem marad. Ha tehát a nő később tévedésből fizet, condictio indebitivel a teljesítést visszakövetelheti. Ha az intercessio privativa volt, azaz a nő nem biztosítást, hanem magát a főkötelmet vállalta magára, akkor a hitelező az érdekelt ellen, ki a nő intercessiója által a kötelezettség alól mentesült, keresetet nyert, még pedig, ha a nő az érdekeltnek már fennálló tartozását vállalta át, *actio restitutoriat* (az átvállalás előtti állapot állíttatik helyre), ha pedig a nő egészen új kötelmet vállalt magára az illető érdekében (ú. n. *tacita intercessio*), *actio institutoriat* (vagyis az érdekelt tekintetik ab ovo kötelezettnek).

Iustinianus a l. 23. C. 4. 29-ben a nő védelmét még fokozta. A nő intercessiójának érvényéhez három tanú által aláirt közokiratot kivánt meg, a melynek hiányában az intercessio semmis. Ilyen okirat nélkül tehát az intercedáló nő minden exceptio nélkül hiva-

talból felmentendő. De ha ily okiratot ki is állítottak, a nőnek még mindig megmarad az exceptio SC. Velleianije. Oly esetekben, a mikor a régi jog szerint az exceptio sem volna emelhető, nem lesz az intercessio okirat hiján sem semmis. Iustinianus másik a nőt nem kevésbbé védő intézkedése, hogy a férjért vállalt intercessio minden körülmény között semmis (134. nov. 8. cap., mely a glossalt codexben mint *authentica si qua mulier* van a l. 22. C. 4. 29 elé csatolva). A német gemeinrechtliche praxis ezen az utóbbi intézkedésen túltette magát, mert állítólag a német nő nem könnyelmű, hanem bieder. Túltette magát olyképen, hogy a nő az ő javára szolgáló ezen védelmi eszközökről bizonyos formában, pl. esküvel, vagy előzetes birói kitanitás után lemondhatott.

II. rész. Egyes kötelmekről különösen.

144. §. Az ajándék.

A kötelmi jog általános részében letárgyaltuk az összes kötelmekre vonatkozó tételeket, a különös részben az egyes kötelmekről kell szólanunk. Ezeket azonban, különösen pedig a szerződéses kötelmeket, taxative felsorolni nem lehet. A római jogban csak 12 contractus volt, ma már se szeri se száma. Meg kell tehát elégednünk a legtypikusabbaknak tárgyalásával, annál is inkább, mert a többiek ezek mintájára könnyen megconstruálhatók és kifejthetők. (A vizsgálatra való előkészülés céljából az itt tárgyalandó obligatiókon kivül akár a Vécsey, akár Kajuch kötelmi jogának különös része tanulandó meg. Vécsey 313—373, Kajuch 234—270.)

A rómaiak a kötelmi contractusokat beosztották négy csoportba: verbalis, litteralis, realis és consensualis szerződésekre. Hogy az egyes csoportok alatt mit értettek, arról már volt szó. Ma már ez a felosztás használhatatlan, mert egyrészt minden kötelem ma már consensualis contractussal is megköthető, másrészt pedig a római 4 realis contractuson kivül minden kétoldalú szerződés is az lehet, ha t. i. az egyik fél rögtön teljesít és a szerződés ezzel köttetik meg. Pl. az adásvevés a római jogban consensualis contractus volt, de ha ma pl. a pályaudvaron sonkás zsemlyét veszek, akkor az adásvétel re contratitur. Ép ezért minden beosztást elkerülve adunk itt nehány contractust.

Az ajándék. Az ajándékozás egyoldalú szerződés, mely által az egyik fél ingyenes követelést nyer. Ajándék alatt azonban nemcsak ezt a kötelmet megállapító szerződést, illetve magát a kötelmet értjük, hanem ajándékról beszélünk akkor is, ha minden előleges kötelem nélkül átruházom önre dolgomnak tulajdonát minden ellenszolgáltatás nélkül, donandi causa, azaz hogy az ön vagyona

gyarapodjék, az enyém csökkenjen. Az ajándék tehát voltaképen csak causaja a legkülönfélébb ügyleteknek. A kötelmi jogban ajándék alatt a donandi causa történt és a másik fél által ajánlott vagy elfogadott igéretet, tehát szerződést értjük, mely által az igérő ellen a másiknak követelése támad. Ide tehát csak az obligando ajándék tartozik, ellenben a donatio dando a traditio, a donatio liberando az adósságelengedés fejezetébe való. A donatio másrészt lehet: donatio inter vivos és mortis causa. Ez utóbbi a hagyománynak egy módja és ott fejtendő ki.

A donatio obligando, vagyis a donandi causa kötelmet a rómaiak csak pactumnak ismerték el, nem szerződésnek, és minthogy perelhetőségét a császárok adták meg, pactum legitimum volt. A donatio obligando esetében csak a kötelemvállalás az ajándék, az történik causa donationis, de mikor ezt a kötelmet teljesítjük, nem ajándékozunk, hanem kötelezettségnek teszünk eleget. Minthogy azonban voltaképen az ajándékozó a kötelem megkötése után is csak liberalitását gyakorolja, csak dolusért és culpa lataért felel, késedelmi kamatot nem fizet, igénye van a beneficium competentiaere, hiányokért sem szavatol, hogy pedig a kötelem teljesítéseképen átadott dolognak más által történő elperléseért, ú. n. evictióért mennyire felel, vitás. Annyi bizonyos, hogy ha őt e tekintetben dolus terheli, felelős érte.

A justinianus előtti jogban a donationalis igéret csak stipulatio formájában mehetett végbe, ezért teljesítése *actio ex stipulatu*val volt perelhető. Iustinianus a formátlan pactumot is elegendőnek jelentette ki, ha az ajándék 500 solidusnál nem magasabb. Az így igért ajándék követelésére szolgáló keresetet az újabbak condictio ex lege 35 C. de donationibusnak, vagy röviden *condictio ex lege*nek hívják.

Az ajándékra vonatkozó nevezetesebb intézkedések:

1. *A lex Cincia de donis et muneribus* azt rendeli, hogy bizonyos, ismeretlen, mértéken felüli ajándékozás tilos, kivéve az ú. n. exceptae personaevel szemben. (Ezek a personae exceptae a fragmenta Vaticana szerint: cognatusok az 5-ik fokig, a 6-ik fokból csak a sobrinusok, manus-, potestas- vagy mancipium-mal összekapcsolt személyek, bizonyos affinisek, jegyesek, gyám, gondnok, gyámolt, gondnokolt, végül a patronus és gyermekei). A personae non exceptaevel szemben pedig az ajándékozás csak akkor válik teljes érvényűvé, ha tényleg teljesíttetik. Az ajándékozónak a persona non excepta keresetével szemben exceptio legis Cinciaeje van, ha az ajándékozás mértéken felüli volt vagy nem kellő formában köttetett.

2. Constantius Chlorus a personae non exceptae javára történő ajándékozásokra nézve azt rendelte, hogy azok biróság előtt jelentendők ki és ott jegyzőkönyvbe veendők (birói insinuatio).

Constantinus a birói bejelentést minden ajándékozásra kiterjesztette és elrendelte, hogy minden ajándékozásról okirat állíttassék ki, az igéret teljesítése pedig, a mancipatio, traditio tanuk előtt menjen végbe.

3. Iustinianus a birói insinuatiót csak 300, később az 500 soliduson felüli ajándékozásokra tartotta meg. (500 solidus körülbelül 3000 frt.) Az 500 solidust meghaladó nem insinuált ajándék semmis. Ez alól az insinuatio alól mentesek természetesen a császár, a fiscus, a városok stb. javára tett ajándékozások, továbbá foglyok kiváltására, dos vagy donatio propter nuptias czéljából és életmentő javára kötött donatiók.

Az ajándék visszavonható. Eredetileg csak a patronust illette meg ez a jog libertusával szemben hálátlanság miatt, vagy azon a czímen, hogy gyermekei születtek. Iustinianus az ajándéknak durva hálátlanság miatti visszavonhatóságát általánosította és törvénybe iktatta. Törvénybe (l. 10 pr. C. 8. 55) iktatta a durva hálátlanság eseteit is, ilyennek minősítve az ajándékozónak durva szóbeli megsértését, minden ellene irányitott tettlegességet, életére törést, csalárd vagyoni károsítást, a modus meg nem tartását. Ellenben nem vonhatja vissza a gyermekeinek tett ajándékot a mater binuba turpis, és nem vonható vissza az életmentőnek tett ajándékozás sem. Az ajándék visszavonása az ajándékkötelmet nem teszi semmissé, a visszavonás alapján az ajándékozónak csak követelése van ad restituendum, illetve ha a megajándékozott az ajándékon már túladott, a gazdagodásra. E czélra condictio ex legeje van. Megjegyzendő, hogy csak az ajándékozó maga vonhatja vissza az ajándékot és csak a megajándékozottól, de mihelyt a visszavonást kimondta, a visszaadásra irányuló kötelem már mindkét részről átörökíthető. Az ajándék visszavonásáról előzetesen lemondani nem lehet, mert az pactum turpem causam continens volna. Az ajándékot bizonyos esetekben megtámadhatják az ajándékozó ú. n. szükségörökösei a *querela inofficiosae donationissel*, hitelezői pedig az actio Paulianával.

Az ajándéknak különös nemei: *a*) a *donatio omnium bonorum*, az egész jelenlegi vagyon ajándékozása, a mely azonban még sem hoz létre universalis successiót; *b*) *donatio remuneratoria*, a mely voltaképen valamely jótett (életmentés) vagy más szolgáltatás fejében adatik. Voltaképen nem ajándék, hanem naturalis obligatio teljesítése, mint ilyen vissza sem vonható; *c*) *donatio inter virum et uxorem*, házasság alatti ajándékozás, kivéve a donatio propter nuptiast (l. családjogban), mortis causát és szerény alkalmi ajándékokat, érvénytelen, de convalescálódik, ha az ajándékozó nem élte túl hitestársát és az ajándékot a házasság tartama alatt vissza nem vonta (Severusnak vagy Caracallának oratiója). Iustinianus szerint a 300, illetve 500 soliduson felüli ajándékozás csak akkor válik vissza nem vonás esetén az ajándékozó házastárs halálával érvényessé, ha insi-

nuáltatott. A házastársak közt még életükben létrejött ajándékok tehát érvénytelenek, és az ajándékozott dolgok rei vindicatióval visszakövetelhetők.

Függelék. *A modus.* Az ajándékozó ajándékához gyakran szokott oly kikötést fűzni, hogy a megajándékozott valamit tegyen, vagy ne tegyen. Ez a kikötés (modus, meghagyás, czélhatározmány) csak ingyenes juttatásoknál lehető, mert a visszterhes kötelmeknél az ellenszolgáltatásnak része és mint ilyen magából a szerződésből foly, annak keresetével érvényesithető. Ha pl. a ház vevője arra kötelezi magát, hogy a jelenlegi lakóknak $^1/_2$ évig nem fog felmondani, akkor ez a kötelezés a házért járó ellenszolgáltatáshoz tartozik és az actio venditivel kikényszeríthető. A modus tehát csak az ingyenes juttatásoknál válik önálló alakulattá. Pl. Neked ajándékozom a házat, de kikötöm, hogy a jelenlegi lakóknak fel ne mondj, vagy kikötöm, hogy renováltasd. Az ilyen kikötés nem ellenszolgáltatás, mert az ajándéknál ilyen nincs. A modus nem akadályozza meg a megajándékozottat (vagy az örököst, hagyományost) az ajándék (az örökség, hagyomány) megszerzésében, de megnehezíti annak élvezését. Az örökös megszerezheti az örökséget, de a modus teljesítéseig nem védetik meg benne, a megajándékozott vagy a hagyományos követelheti az ajándékot, hagyományt, de előbb a modust vagy teljesítenie kell, vagy cautiót kell adnia. Ha az illető a juttatást meg is szerezte, akkor a modus teljesítésére kötelezhető, még pedig az örököst a hatóság kényszerítheti, ha több örökös van és csak az egyik kapta sub modo az örökséget, társai kötelezhetik az actio familiae herciscundaevel, a hagyományost és a megajándékozottat pedig az örökös, illetve a megajándékozó perelhetik actio praescriptis verbissel a modus teljesítésére. A modus foglalhat magában harmadik személynek való juttatást is, de épen abban különbözik pl. a hagyománytól, hogy ez a harmadik ezzel jogot nem nyer, ő nem követelhet. A modus teljesitését tehát nem az érdekelt harmadik, hanem csak maga a kikötő fél vagy örökösei követelhetik. Ha a modus még sem teljesittetik, akkor a hagyományos a hagyomány, az ajándékozó pedig az ajándék visszaadására perelhető (conditio causa data causa non secuta-val).

A modusnak tárgya sem lehetetlen, sem tilos, sem bolond szolgáltatás nem lehet, az ilyen nem létezőnek tekintetik. Szükséges továbbá, hogy vagy a juttatónak, vagy valaki harmadiknak a modus teljesítése érdekében legyen, mert különben nem modussal, hanem csak tanácscsal (nudum praeceptummal) van dolgunk, a mely nem kötelező.

A modussal kikötött eredményt feltétel formájában is elérheti az ajándékozó örökhagyó. A helyett, hogy azt mondaná: adok neked 1000 frtot, de kikötöm, hogy a szegényeknek 100 frtot adjál, azt is mondhatta: adok neked 1000 frtot, ha a szegényeknek 100 frtot

adsz. Ilyen módon a modus igen hasonlít a conditio suspensiva potestativához. Különbözik tőle azonban abban, hogy míg a conditio a juttatás megszerzését felfüggeszti (nem a tied az 1000 frt, míg 100 frtot a szegényeknek nem adtál, addig még mindig az enyém; tehát rei vindicatióval visszakövetelhetem), addig a modus nem függeszti fel (az 1000 frt rögtön a tied, rei vindicatióval többé vissza nem követelhetem). A másik különbség meg az, hogy a feltétel ki nem kényszeríthető (a 100 frt adására nem perelhetlek, csak az 1000 frtot kérhetem vissza), ellenben a modus igenis perrel (actio praescriptis verbis) érvényesíthető.

145. §. A kölcsön.

A kölcsönszerződés (mutuum) a római jog egyik realis contractusa. Tehát csak akkor volt perfect, ha a hitelező az adósnak a dolgot átadta. Puszta megállapodás, hogy majd adni fogok kölcsönt, (*pactum de mutuo dando*), nem volt kötelező, csak a későbbi praxis fejlesztette ki, hogy ebből a pactumból is lehet perelni.

A realis contractusok megegyeznek abban, hogy a kötelem csak a dolog átadásával jön létre, és hogy az adós csak azt, vagy olyan dolgot tartozik visszaadni, a melyet, vagy a milyent kapott, egyéb ellenszolgáltatást nem. Különböznek azonban a czél tekintetében: A mutuum és a commodatum adós érdekében köttetnek, a depositum a hitelezőében, a contractus pignoraticius mindkettőében. A mutuum és a commodatum között a különbség megint az, hogy a mutuum czélja, hogy az adós a dolgot teljesen használhassa, esetleg felhasználhassa, a commodatumnál pedig csak múlólagos használatot nyer. Épen ezért a mutuumnál a hitelező az adósra a dolog tulajdonát ruházza át, úgy hogy neki csak visszakövetelési joga van, ellenben a commodatumnál az adós csak birlalatot nyer, a birtokjog és a tulajdonjog a hitelezőnél marad, úgy hogy a dolgot nemcsak kötelmi joga alapján követelheti vissza, hanem actio in remmel is. Ugyancsak a czélból foly az is, hogy míg a commodatumnál az adós a használat után ugyanazt a dolgot köteles visszaadni, addig a mutuumnál ezt nem kivánjuk meg, hiszen esetleg felhasználta teljesen a dolgot. Mutuum esetén tehát csak ugyanannyit és ugyanolyat köteles visszaadni. Más szóval, a mutuum generikus obligatio, a commodatum specifikus. A mutuumnak tárgya e szerint rendesen res fungibilis, holott a commodatumé res nec fungibilis szolgáltatása. De ez nem okvetlenül szükséges. Lehet a commodatumnak tárgya is helyettesíthető dolog.

A mutuum kölcsön tehát az adós érdekében kötött szerződés, melynek tartalma az, hogy a hitelező az ő tulajdonában levő dolog vagy dolgok tulajdonát az adósra átruházza azzal, hogy az adós ugyanilyen és ugyanennyi dolgot neki visszaadjon. Adós obligatiója

generikus és ingyenes. Legfontosabb a *pénzkölcsön*, melyre nézve különös szabályok fejlődtek. Erre vonatkozik a Sc. Macedonianum, a sponsio tertiae partis, és legfőképen a querela (exceptio) non numeratae pecuniae intézményei. Még a keresetben is kifejezést nyer, mert a pénzkölcsönnél a hitelezőnek külön keresete van, condictio certi.

A kölcsön tényállásához megkivántatik, hogy a hitelező a dolgot, még pedig az ő tulajdonában levő dolgot az adósnak átadja. Ha nem ő maga, nem az adósnak, vagy nem a maga dolgát adja át, az nem mutuum. Később a császárság alatt mindezekben engedett a jog. Megengedte először, hogy ne a hitelező közvetlenül adja át a dolgot, hanem úgy, hogy valamelyik adósát bizta meg azzal, hogy esedékes tartozását ne neki teljesitse, hanem kölcsönképen vagy valamely harmadik személynek adja, vagy pedig kölcsönkép magánál tartsa. Megengedte továbbá, hogy a hitelező ne a kölcsöndolgot magát adja át, hanem valami más dolgot azzal, hogy azt adja el, a vételárat pedig tartsa meg kölcsönképen. Ez az ú. n. *contractus mohatrae vagy baratae*. Ily esetben az eladásra adott dolog casus általi elpusztulása vagy rosszabbodása (periculum interitus et deteriorationis) a kölcsönvevőt éri. Ennek egy esete volt az is, ha a felek előre megállapitották az eladandó dolog vételárát, úgy hogy az adós nem a valóban elért vételárral, hanem az előre megállapitottal tartozott. Ez igen alkalmas volt az adós megkárositására és az uzsoratilalom kijátszására. A mutuum tényállásából igy csak annyi maradt meg, hogy az adósra a dolog tulajdona ruháztatott, és hogy ugyanilyen és ugyanennyi dolog visszaadására kötelezte magát. Ez alól is lehető volt kivétel, pl. nem a tulajdonos vagy az átruházásra képtelen tulajdonos, teszem a pupillus a gyám auctoritása nélkül, adta át a dolgot. Ilyenkor kölcsön nem jön létre, de a jog a visszakövetelést mégis lehetővé tette. Ha t. i. az adós, a ki pénzt kapott, ezt bona fide consumálta, a mi által tudvalevőleg tulajdonát megszerezte. Ily módon is eléretett a kölcsön czélja, mert az adós az átadott dolog tulajdonosa lett, és ezért az idegen pénz kölcsönadója a pénz visszakövetelésére keresetet is nyert, a *condictio de bene depensis-t*. Ha a kölcsön ily esetben más okból nem jött létre, a consumált pénz csak condictio sine causával volt visszakövetelhető. Ugyancsak lehetővé tette a jog az átadott dolog visszakövetelését akkor is, ha a kölcsön azért nem jött létre, mert az adós a hasonló minőségü és mennyiségü dolog visszaadására nem kötelezte magát, pl. tévedésből másnak kötelezte magát. Ily esetben a hitelező condictio causa data, causa non secutával követelheti vissza a dolgot, mert ő abból a czélból adta, hogy az átvevő magát kötelezze, ez pedig el nem éretett. A condictio causa data causa non secutát ebben az esetben *condictio Iuventiana-nak* hivják az újabbak, mert az erre vonatkozó digestahely Iuventius Celsustól való. (L. 32. D. 12, 1.)

A mutuum tényállásának lényeges pontjaként mindvégig megmaradt, hogy az átadás az adós érdekében történjen. Ebben különbözik a vele tényállásilag különben egészen egyenlő depositum irregularetől, a mely a hitelező érdekében megy végbe. Ott is átadatik a dolog az adós tulajdonába, és ott is csak hasonló minőségű és mennyiségű dolog visszaadására van kötelezve, csakhogy ott a hitelező a maga érdekében adja át a dolgot. Néha azonban a mutuum a depositum irregularetől nehezen különböztethető meg. Pl. igen vitás a takarékpénztári betétügylet. Vajjon mutuum-e az, vagy depositum irregulare? Ha a pénzemet a takarékpénztárba teszem, ez mindkettőnk érdekében történik. Az én érdekemben, mert a takarékpénztár megőrzi, az ő érdekében, mert értékesítheti. Helyesebb mégis mutuumnak felfogni, mert a takarékpénztár kamatot is fizet a betétért, a mi a depositum irregularenél nem szokásos.

A mutuum a római jog egyik legrégibb ügylete. Eredeti formája a nexum volt. A pénzt öt tanú és a libripens jelenlétében a hitelező az adósnak a mérlegen lemérte bizonyos szavak (damnas esto) kiséretében, a melyekkel az adóst itélet nélkül végrehajthatólag kötelezte a visszaadásra. Ha tehát az adós nem fizetett, hitelező egyszerűen manus iniectióval élhetett. A vert pénz behozatalával a lemérés csak szinleg történt, a hitelező t. i. a mérleget csak megütötte a raudusculummal. A nexum egészen a lex Poeteliáig tartotta magát. Később már más formában is adatott kölcsön, a mely azután legis actio sacramento, in personammal volt perelhető. Minthogy ez azonban igen körülményes volt, a mennyiben a feleknek kétszer kellett a praetor előtt megjelenniök, még pedig 30 napi időközben, azután a fogadási összeg is strikt lévén (50 vagy 500-as) igen aránytalan volt, és végül fogadási összeget sem a felek kapták, hanem sacramentalis czélokra fordíttatott, ezért a lex Silia a pénzkölcsönre (certa pecunia) más eljárást hozott be; a felek csak egyszer jelennek meg a praetor előtt, a fogadási összeg a tartozással arányba hozatott, t. i. annak harmadára rúgott (sponsio tertiae partis) és végül ezt a nyertes fél kapta. Ez az új eljárás volt a legis actio per condictionem. A lex Calpurnia ezt kiterjesztette más certa resre menő kölcsönre is, különösen gabonára, innen neve condictio triticaria. Ennél azonban a sponsio tertiae partis elmaradt. Ezekből fejlődött már most a mutuum és lett realis contractussá. Régi természetéből azonban megmaradt, hogy csak certa resre mehetett, vagyis stricti iuris obligatio maradt. Az adós a dolog átadásakor bár nem ugyanannak a visszaadására kötelezte magát, hanem ugyanannyit és ugyanolyat igért, de hogy mennyit fog visszaadni, az ab ovo meg volt határozva, azon se mora, se culpa nem változtatott. Ezért a kölcsönnel együtt kamat sem volt kiköthető, az külön kötelem, az usurarum stipulatio tárgya volt. Ma persze a mutuum is bonae fidei jogügylet és így kamat is kiköthető mellette pactum adiectum formájában. A mutuum stricti

iuris lévén, a neki megfelelő kereset neve condictio volt, a mi valószinűleg a régi eljárás nevének maradványa. (Condictiója a szerződések között csak még a stipulatiónak volt, mint szintén stricti iuris szerződésnek.)

A mutuum a római jogban realis szerződés, csak re contrahitur. De szerződés lévén, megkivánja a felek consensusát. Ha a felek közt consensus nincs, mutuum sem jön létre. Így ha A. nekem 100 frtot hoz, és én azt hiszem, hogy ő azt a B. képviseletében hozza, holott ő azt a maga nevében hozza, vagy ha azt hiszem, hogy ő B. Vagy A. átad nekem 100 frtot kölcsönbe, én meg ajándéknak nézem. Mindezekben az esetekben mutuum nincs, de azért a 100 frt tulajdonát megszerzem, mert traditio történt, a mi pedig abstract szerződés. Csakhogy én ilyenkor a tulajdont nem ex mutuo szerzem, hanem sine causa. Az tehát tőlem vissza lesz követelhető condictio causa data causa non secutával (condictio Iuventiana).

A pénzkölcsönre vonatkozó különös intézkedések:

1. **A Sc. Macedonianum.** Vespasianus császár alatt keletkezett ez a Sc., a melynek értelmében a paterfamilias beleegyezése nélkül a filiusfamiliasnak adott pénzkölcsön a filiusfamilias exceptiójával megtámadható. Az exceptio Sc. Macedonianival visszautasitott felperesnek csak naturalis obligatiója marad. Más tárgyú kölcsönre a Sc. csak akkor vonatkozik, ha in fraudem legis köttetett. (Si fraus sit senatus consulto adhibita l. 7. §. 3. D. 14. 6.). Bizonyos esetekben azonban ezzel az exceptióval sem a filius, sem a paterfamilias nem élhet. Így, ha a kölcsön a paterfamilias előnyére kötettett, és ő is használta fel, vagy ha a kölcsöntadó a filiusfamiliast menthető tévedésből sui iurisnek hitte, továbbá, ha a kölcsöntadó kiskorú és az adós a kölcsönből gazdagodott, azután ha a kölcsön a filiusfamilias elsőrendű szükségletének fedezésére szolgált, végül ha a filiusfamilias a kölcsön kötése idején katona volt. Érvényes továbbá a kölcsön akkor is, ha a filiusfamiliasnak peculium castrense vagy quasi castrenséje van, de csak ennek erejéig. A filiusfamilias a megtámadásról le is mondhat, de csak ha sui iurissá lesz.

2. **Querela (exceptio) non numeratae pecuniae.** A hitelezőnek joga érvényesitésekor azt kell bizonyitania, hogy a pénzt adósnak átadta és hogy az adós ugyanannyi visszaadására magát kötelezte. Ennek megkönnyitésére a hitelező az adóstól rendesen elismervényt, adóslevelet (chirographum) kért. Csakhogy gyakran megtörtént, hogy az adós az adóslevelet már előbb adta a hitelezőnek, mielőtt még a kölcsönösszeget, a valutát megkapta volna. Ezzel a hitelező visszaélhetett, a mennyiben az adóslevél alapján perelt, holott az azt kiállító puszta reménységnél többet nem kapott. Ennek megakadályozására császári constitutiók azt rendelték, hogy ha felperes ily adóslevél alapján perel, az adós exceptio non numeratae pecuniaevel élhessen, vagyis egyszerűen kijelenti a perben,

hogy bár adóslevelet adott, kölcsönösszeget, valutát nem kapott. Ennek az ellenvetésnek, a mely voltakép a kölcsön tagadása, azután az volt a hatása, hogy a hitelezőnek más úton-módon kellett a kölcsön megtörténtét, a valuta átadását bizonyítania. Ezzel a tagadással azonban az adóslevél kibocsátója a kibocsátás után csak öt évig élhetett, azontúl az adóslevél teljes bizonyító erejű. Az öt év után a kölcsön megtörténte mellett praesumptio iuris et de iure harczolt. Az öt éven belül azonban az adós nemcsak per esetén tehette hatálytalanná az elismervényt, nem kellett bevárnia, hogy a hitelező pereljen, ő maga is initiálhatta a hatálytalanítást vagy a hitelezőhöz intézett vagy biróság előtt kijelentett protestatióval. Sőt ez alatt az idő alatt condictio sine causaval vissza is követelhette adóslevelét. Ezekről a jogeszközökről, melyeknek együttvéve querela non numeratae pecuniae a neve, le sem is mondhatott másképen, csak ha a valuta felvételét elismerte. Nem élhetett velök azonban akkor, ha hatóság előtt vagy úgy állította ki az adóslevelet, hogy abban a valutának a kiállítás előtti megkapását ismerte el. Ha a hitelező adós ilyetén protestatiójakor más bizonyító eszközökkel tudta igazolni a kölcsön megtörténtét, akkor az adós a kétszeresre marasztaltatott. Ez utóbbi intézkedés már Iustinianustól való, a ki még annyiban is módosított az eddigi renden, hogy a kölcsönkötelezvény megtámadhatását öt helyett két évben állapította meg. Ez után a két év után adósnak nemcsak hogy a tagadás, de még az ellenbizonyítás sincs megengedve. Innen van, hogy Iustinianus az ilyen kölcsönkötelezvényt egyenesen litteralis contractusnak nevezi (Iust. III. 21.).

Ez a kölcsönkötelezvény, a mint a corpus iuris szabályozza, rendkivül anomalis valami. Két (régebben öt) évig semmit sem bizonyít, azután meg már nem is bizonyítási eszköz, hanem jogalap. Ezt a „mysterium iuris"-t, a hogy Köster nevezi, vagy Ludwig elnevezésével ezt a „kaland"-ot a praxis aztán rectificálta. Ez utóbbi révén, a mi jogunkba is belekerült valami. A perrendtartás 167. és 168. §-ai szerint a kölcsönkötelezvény, ha két tanu aláirásával el van látva, teljes bizonyító erejű. A mi tehát Iustinianusnál a két év, az nálunk a két tanú.

Rómában a mutuumot másképp is meg szokták volt erősiteni. A megtörtént kölcsön után, azért is, hogy a kamatokat is bele lehessen vonni az ügyletbe, stipulatiót kötöttek, a melynek megtörténtével szintén irást vettek fel. Ilyenkor a hitelező ex stipulatu perelt, felhasználva természetesen bizonyítékul ezt az irást. Csakhogy ezzel szemben nem volt elég alperes tagadása, hogy nem kapott valutát, ilyenkor valóságos exceptióval kellett élnie, úgy hogy nem a hitelezőnek kellett a kölcsön megtörténtét, hanem adósnak annak meg nem történtét bizonyítania. Ez az exceptio doli volt igazán (bár nem neveztek annak) exceptio non numeratae pecuniae, mert az, a mit a rómaiak annak neveztek, nem exceptio, hanem negatio.

A kölcsönkötelezvényhez hasonlóan szabályozta Iustinianus a hitelező nyugtáját is. Ez is csak bizonyos idő, t. i. 30 nap mulva volt teljes bizonyító erejű, 30 napon belül exceptio non solutae pecuniaevel (Iustinianus ezt is non numeratae-nek nevezi) meg volt dönthető.

3. A pénzkölcsön perlése esetén az adós a valutának $^1/_3$ részével többre marasztaltatott el a *sponsio tertiae partis* alapján. Iustinianus ezt megszüntette.

4. A pénzkölcsön perlésére külön actio szolgált: a *condictio certi*, actio certae pecuniae creditae.

Minden egyéb kölcsön perlése a *condictio triticaria*-val történt. Az újabbak mindkettőt egy néven *condictio ex mutuo*-nak nevezik.

Minthogy az adós az átadott dolgok tulajdonosa lett, őt éri a casus is, kivéve a foenus nauticumnál, melyről már szó volt.

146. §. A haszonkölcsön.

A *haszonkölcsön (commodatum)* a római jogban realis contractus, ma consensualis is lehet (pactum de commodando). Tényállása az, hogy a hitelező az adósnak ingyen használatra, birlalatába ad dolgot vagy dolgokat azzal, hogy az adós ugyanazt a dolgot adja vissza. Ez a dolog lehet nec fungibilis, de lehet fungibilis is. Odaadhatom megszorult és apját váró diáktársamnak az én tizesemet azzal, hogy az apa elutazása után ugyanazt adja vissza. A források tesznek említést fungibilis dolgoknak ad pompam vel ad ostentationem adásáról.

Az adós a dolgot ingyenesen kapja, ebben különbözik a commodatum a locatio conductio rei-től, a dologbérszerződéstől, a hol a használatért bér jár; kapja a dolgot birlalatba, ebben különbözik a mutuumtól, a hol tulajdont, a precariumtól, hol birtokot nyer; a dolgot használatra kapja, tehát a szerződés az ő érdekében köttetik, a mi megint a depositumtól választja el; végül a használatban csak kötelmi jogilag, tehát csak a használatba adóval szemben van védve, a mi az ususfructus, usus és habitatiótól különbözteti meg.

A commodatum tényállása gyakran egészen más jogviszonyoknál is előfordul. Én A.-tól néhány fuvar gabonát veszek és kikötöm, hogy a zsákokat egy ideig nálam hagyja. Az, hogy a zsák ellenérték nélkül nálam maradhasson, magában véve commodatum volna, itt azonban csak pactum adiectum az emptio venditio mellett, úgy hogy A. a zsákokat nem az actio commodatival fogja visszakövetelhetni, hanem az actio emptivel. Ez a példa is mutatja, hogy az életben a szerződések nem kizárólag a typus szerint köttetnek, hanem hogy azokba gyakran más szerződésbeli elemek is belevonatnak. A kávéházban kávét rendelek, ez adásvétel, de a kávés tartozik azt nekem elhozni, engem kiszolgálni, a mi magában bérszerződés, itt azonban az adásvételbe beleolvad. Valamely ügyben ügyvédet fogadok — ez

locatio conductio operis — hogy peremet vihesse, átadom neki az actákat, magában véve depositum, itt azonban csak része a locatio conductiónak. Az ilyen benfoglalt, alárendelt részviszonyok nem birálandók el külön, ezek a főszerződéssel egy szempont alá esnek.

Az önálló commmodatum joghatása az, hogy a commodatarius ugyanazt a dolgot cum omni causa megállapitott idő után sértetlenül visszahozni köteles. Az időt meg lehet állapitani expressis verbis, vagy pedig maga a czél adja meg. Ha 3 kötetes regényt adok olvasásra kölcsön (a köznyelv a haszonkölcsönt is csak kölcsönnek nevezi), azt 10 percz mulva vissza nem követelhetem. Már a mutuumnál quod sine die debetur, statim debetur. A commodatum, mint a mutuumon és stipulatión kivül minden contractus, bonae fidei. Hogy ez mit jelent, arról már gyakrabban volt szó. Az adós a dolgot vissza tartozik adni, akár a commodansé, akár nem. Commodatumba tehát idegen dolog is adható. Már mutuumba nem, mert ott a tulajdont kell átruházni, azt pedig csak a tulajdonos teheti. Nem adható azonban commodatumba a commodatarius, az adós, dolga. Nemo rem suam deposito, commodato accipere potest. (Néha azonban ilyen kivételes tényállás is képzelhető. Az órámat zálogba adom B.-nek, a ki azt nekem bizonyos időre használatba adja.) Az adós, a commodatarius, mint az újabbak nevezik, a dolgot sértetlenül köteles visszaadni. Ha másra használta, mint a mire kapta, akkor furtum usust követ el, és így casusért is felel (fur semper in mora est). Különben csak culpa levisért felel, a melynek mértéke a bonus paterfamilias diligentiája. Ily foku custodiával is tartozik, de nem a Baron-féle tágabb custodiával, mint azt ő tévesen állítja. A felelősség foka csökken, ha a commodatum, a használatbaadás a commodans érdekében van. Pl. lakásomon barátaimmal dilettans szini előadást tartok és e czélból kölcsönadom nekik az én jelmezeimet. Vagy a források példája: a menyasszonyomnak könyvet adok kölcsön, hogy művelődjön. Ily esetekben a commodatarius csak culpa latáért felel. A hitelező, a commodans, mindezeket az itt felsorolt szolgáltatásokat a commodatariustól *actio commodati directa*-val követelheti. Ezzel szemben az adósnak is lehet igénye a hitelezővel szemben. A használatba adott dolog folyó kiadásait ugyanis a commodatarius tartozik ugyan viselni, de a különleges kiadásokat és a hitelező dolusa vagy culpa latája okozta károk megtéritését a hitelezőtől követelheti. Erre a czélra a hitelező keresetével szemben exceptiója van, sőt, ha esetleg a dolgot már kiadta, külön actiót is nyer, az ú. n. *actio commodati contrariát*. Pl. a használatra adott ló abrakolását nem, de az esetleges állatorvosi költségek, vagy a ló okozta és a commodans dolusából vagy culpa latájából folyó károkat, pl. hogy többi lova is beteg lett, a commodans ezzel a keresettel veheti meg.

Precarium. A commodatumhoz hasonló intézmény. Voltaképen stricte nem is lehet hasonlónak mondani, mert a római jogban köz-

tük nincs is érintkezés. A precarium csak tényleges viszony, a melyből egyik félre sem háramlik sem jog, sem kötelezettség. Históriai eredete az, hogy a patronusok a maguk clienseiknek az ager publicuson birt részeiket tényleges használatul ingyenesen átengedték a nélkül, hogy azért a cliensek erre tulajdont szereztek volna, úgy hogy tőlük a patronus bármely pillanatban visszavehette. A precarium a római jog szerint nem nyugodott szerződésen, sőt ha az ingyenesen átengedett föld vagy más dolog visszaadására szerződést kötöttek, már nem precariummal volt dolguk. A precarium adója nem volt kötelezve a dolgot a másiknál hagyni, bármikor visszakérhette, sőt erről a jogáról le sem mondhatott, de másrészt a precaristát, a precarium kapóját sem terhelte semmiféle kötelezettség. Lassanként ez a viszony jogi szabályozást nyert. A precarium adója a precarista ellen, ha a dolgot rögtön ki nem adta, *interdictum de precariót* nyert, a mely birtokinterdictum ugyan, de ellene az exceptio iusti dominii emelhető, vagyis alperes azzal védekezhetett, hogy ő a dolog tulajdonosa. Felperes ebben a maga igényét arra a tényre alapította, hogy alperes precario ab illo habere, vagy hogy dolose rongálja a dolgot. Később még szigorították a precarista felelősségét. Már nemcsak dolusért, hanem culpa lataért is felelőssé tették, sőt a litis contestatiótól fogva a casus is őt érte és a visszaadásra már condictio sine causával volt szorítható. A későbbi compilatio a precariumot a realis innominat contractusok közé sorozta két interpolált hely alapján és a precario dansnak actio praescriptis verbist adott. Ez azonban kiforgatása az eredeti római viszonynak, a melyben adóst külön szerződéses kötelezettség nem terhelte. A precarista a római jogban birtokot nyert. A precarium tehát eredetileg az a tényleges viszony, hogy A. birtokba és használatra ad B.-nek valamely dolgot, a nélkül, hogy akár magát, akár B.-t ezzel valamire kötelezné. Ily értelemben ma már precarium nincsen. Ma is adunk ugyan dolgot használatra, úgy, hogy kikötjük magunknak, hogy bármikor visszavehetjük, de ma ily esetben is kötelezzük alperest a dolgot cum omni causa visszaadni, feleltetjük culpa levisért stb. stb., úgy hogy ma ez is commodatum. Mert az, hogy a dolog bármikori visszavonhatását fentartjuk, még nem elég alap ahhoz, hogy ezt külön intézménynek fogjuk fel.

147. §. A letét.

A *letét* (depositum) a commodatumtól csak abban különbözik, hogy nem az adós, hanem a hitelező érdekében történik. A letét tehát realis contractus, a melynek tényállása az, hogy a hitelező az adósnak birlalatba eltevés végett ad dolgot vagy dolgokat azzal, hogy ez neki ugyanezeket a dolgokat adja majdan vissza. Az átadott dolog lehet fungibilis is, nec fungibilis is. Ebben különbözik úgy a depositum, mint a commodatum a mutuumtól, a melynek

tárgya csak fungibilis lehet. De míg a commodatumnál a dolog akár ingó, akár ingatlan lehet, addig a depositumnál csak ingó. A depositum voltaképen felesleges intézmény, mert czélja ugyanaz, mint a mandatumé. Csakhogy, ha a dolognak megőrzés czéljából való adása mindig mandatum volna, a letéteményes (depositarius), a kihez a dolgot leteszszük, nem igen vállalná magára ezt a terhet. Mert a mandatum szerint culpa levisért is felelne. Már pedig arra, hogy valaki az én dolgomat egy ideig magánál tartsa, gyakran nagy szükség van, pl. kigyulad a házam, a butoraimat sürgősen máshoz kell vinnem (depositum miserabile). Épen ezért ott, a hol csak helyet kérek a másiktól a dolgom számára, ennek a másiknak helyzetét meg kell könnyiteni, hogy a dolgom átvételére hajlandó legyen. Ezért erre külön intézmény jött létre, a depositum, a melynél a letéteményes csak culpa latáért felel. A letét tényállása a mandatumétól csak abban különbözik, hogy míg csak puszta helyátengedést kérek, letéttel van dolgunk, de már ha a dolog megőrzését, ápolását stb. biztam a másikra, az mandatum. A római jogban a kettő még abban is különbözött, hogy a mandatum consensualis contractus volt. Ma már ez a különbség persze elesik. Mikor a másik az én dolgomnak a maga helyét átengedi, az úgy is fogható fel, hogy ő a hitelező, a ki a hely használatát engedi át, vagyis commodatum locinak. Csakhogy ekkor ő volna az, a ki a helyet tőlem megvonhatná, holott a letét czélja az, hogy a letevőtől függjön, hogy a kitűzött határidőn belül mikor kérje vissza a dolgot. Aztán meg a keresetek hatásában is volna különbség. Ép úgy, mint a hogy commodatum loci, úgy precarium loci is képzelhető. Ilyen az, ha az optikus vagy könyvkereskedő a kirakatában valami fényképnek helyet enged, de úgy, hogy azt bármikor ismét elvehesse. A depositum ingyenes. Ha a dolgomat pénzért helyezem el valakinél, az nem depositum, hanem locatio conductio rei, t. i. ő adja bérbe a maga helyét. Ha nem pénzért, hanem másért teszi ezt, innominat contractussal van dolgunk, facio ut des.

A depositarius a letett dolognak csak birlalója, a birtokos illetve tulajdonos, ha az volt, a letevő marad. Már ezért se szabad a helyátengedést mindig commodatumnak venni, mert akkor az átengedett hely birlalatát a deponens nyerné, a mi pedig nincs úgy.) A letét joghatása kifejezést nyer az *actio depositi directa* és *contrariában*.

Az actio depositi directát a letevő indithatja a letéteményes ellen. Ezzel a dolgot cum omni causa követelheti vissza. Adós csak culpa latáért felel, culpa levisért nem, kivéve, ha morába esik, a mivel egyenrangú, ha a dolgot jogtalanul használja, mert ekkor furtum usust követ el. Ekkor casusért is felel. Culpa levisért felel azonban akkor is, ha maga ajánlkozott, továbbá, ha a letét kivételesen az ő érdekében van, pl. deponálom nála a fali órámat azzal, hogy ő is használhatja. A dolgot ott tartozik visszaadni, a hol sine

dolo van, tehát az őrizet helyén. Ez az actio depositi directa a római jogban különös kedvezményekkel volt felruházva. Ha a depositarius csődbe jut, a deponensnek privilegium exigendije volt. Ez a mi csődtörvényünkben nincs elfogadva, szükségtelen is, hisz a letevő mint tulajdonos is követelheti vissza a dolgát. Az actio depositi directa famosa actio volt, alapján elmarasztaltatni infamiával járt. Depositum miserabilénél in dupplum ment. Mindezeknél azonban fontosabb, hogy vele szemben alperes, a depositarius sem compensatióval sem retentióval nem élhet, illetve ellene az exceptio dolit nem emelheti. A depositariusnak a maga igénye érvényesítésére csak egy eszköze van: a contraria actio. Ezért a depositi contraria actio sokkal fontosabb, mint a commodati contraria. Nemcsak azért, mert egyedüli eszköze a letéteményesnek, hanem azért is, mert vele a hitelezőnek nemcsak dolusa és culpa latája, hanem culpa levise okozta kárát is követelheti, hisz a viszony a hitelező érdekében van. Továbbá a hitelező nemcsak a rendkivüli, hanem a rendes kiadásokat is köteles megtériteni.

A depositum különös fajai:

1. **A depositum irregulare.** Az irregulare depositum abban különbözik a rendestől, hogy a restitutio in genere történik. A depositariusnak nem ugyanazt a dolgot, hanem csak ugyanannyit és ugyanolyat kell megtéritenie. A depositum irregulare generikus obligatiót szül. Constructiójára vonatkozólag kétféle elmélet lehető. Az egyik szerint a letevő a dolgot, mint depositum regularet teszi le, csak abban van a különbség, hogy a másik jogositva van, ha neki úgy tetszik, a neki odaadott dolog helyett ugyanolyan fajta másikat adni. Erre ő jogosítva van, de ha nem él vele, közönséges marad a depositum mindvégig. Ha tehát a dolog casus vagy culpa levis folytán tönkre megy, ezen felfogás szerint a depositarius nem felel. A másik, helyes felfogás szerint, a depositum irregularenál a dolgot kezdettől fogva tulajdonába nyeri a generikus restitutio kötelmével. Ha tehát a dolog culpa levis vagy casus folytán tönkremegy, ő felelni fog, mert genus nunquam perire censetur. A depositum irregulare tárgya csak helyettesithető dolog lehet, de a helyettesíthető dolognak nem minden letevése irregulare depositum, lehet regulare is, sőt az lesz, hacsak az ellenkező kikötve nincs. Pusztán egy esetben jő létre a depositum kifejezett szándék nélkül irregulariter, ha t. i. el nem ragasztott borítékban pénzt teszek le. Ilyenkor a generikus restitutio hallgatólag tekintetik kikötve. Az irregulare depositum tényállása, eltekintve attól, hogy kinek érdekében jött létre a contractus, azonos a mutuummal. Ép ezért Endemann azt állítja, hogy ma a kettő közt már nincs is különbség. Ez téves. Mert a joghatás szempontjából számos különbség van, a melyek közül némelyik ma is fennáll. Így a mutuumnál kamat csak külön stipulatióban volt kiköthető, ennél meg a szerződéssel együtt. (A letéti kamat kisebb szokott lenni, mint a kölcsöné. Külföldön a letéti

kamat 2—3%, úgy hogy ha rendes 4%-et fizet az átvevő, az már nem depositum, hanem mutuum. Ezért vettük a takarékpénztári letétügyletet kölcsönnek. A kölcsön és letét közti különbséget így leginkább a kamat hozza kifejezésre, nem pedig, mint némelyek mondják, hogy ki kinálkozik az ügyletre.). A mutuum stricti iuris, a depositum vir bonae fidei contractus, utóbbi keresete még diffamáló is. A condictio mutui-vel szemben helye van az exceptio dolinak, a depositi directával szemben nincs, tehát sem retentiónak, sem compensatiónak nincs helye. A SC. Macedonianum sem áll a depositum irregularenál, úgyszintén a querela non numeratae pecuniae sem nyer alkalmazást. És míg a kölcsönadó csak dolusért felel, addig a deponens még culpa levisért is.

2. **A sequestratio.** Sokan ezt is csak a depositum egy esetének veszik. A tényállás az, hogy oly dolog tétetik le, melynek jogi sorsa ez idő szerint még ismeretlen, többen maguknak vindikálják és a letéteményes arra kötelezi magát, hogy annak fogja a dolgot kiadni, a kit vagy a felek, vagy a biró, vagy más meghatározott személy fog megjelölni. Erről már az általános részben is volt szó (142. o.). Ez a rendes letéttől abban is különbözik, hogy sequester nemcsak birlaló, hanem birtokos is, a minek az a magyarázata, hogy a felek ép azért teszik le a dolgot, hogy a vita eldőltéig egyik se legyen birtokos. A dolog visszakövetelésére az *actio depositi directa sequestraria* szolgál.

A letevés, a megőrzés és ápolás, gondozás kötelezettségével is járhat, a mikor is a sequestratio nem depositum, hanem mandatum lesz, ha pedig bérért történik, locatio conductio reivel lesz dolgunk. Ily esetben a megfelelő visszakövetelési keresetek az actio mandati directa sequestraria, illetve actio locati sequestraria lesz. A sequester és a dolgot elnyerő félnek egymás iránti felelőssége és igénye ennek megfelelően persze szintén módosulni fognak.

148. §. A zálogszerződés.

A zálog, pignus kétféle jogviszony. Mint dologbeli jog a zálogjogot jelenti. De pignus jelenti a contractus pignoraticiust is, a mely realis szerződés. Tényállása az, hogy A. B.-nek, kinek valami követelése van, átad dolgot, vagy dolgokat, ennek a követelésnek a biztositására azzal, hogy B. ezt a dolgot visszaadja A.-nak, ha és mikor a követelés ki lesz elégítve. B. tehát a biztositott követelés hitelezője, de A. nem okvetlenül adósa. A contractus pignoraticust nemcsak az adós kötheti, más is adhat zálogot valamely követelés biztositására, nemcsak az adós. A zálogadásból, mint már kifejtettük (305. l.), nemcsak dologi, hanem kötelmi jog is kifejlődik, a melyben a biztositandó követelés és a dologi zálogjog hitelezője adóssá lesz. Ez a kötelmi zálogjog tudvalevőleg abból áll, hogy a záloghitelezőt, a kötelmi zálogjog adósát, a dolog visszaadására kötelezi,

ha a záloggal biztosított követelése kielégíttetik. A kötelmi zálogjogból folyó restitutionalis követelés nem feltétlen, mint a többi contractusból eredők, a melyek legfeljebb időhöz kötöttek, ez feltételes már természeténél fogva. Zálogba bármilyen dolog adható, nemcsak a tulajdonunkban lévő dolog (ilyenkor azonban dologi zálogjog nem jön létre, csak kötelmi), de nem adható a záloghitelezőnek a dolga: neque pignus, neque depositum . . . rei suae consistere potest. A záloghitelező (a kötelmi zálogjog adósa) a dolog birtokosa, de a zálogbaadó beleegyezése nélkül nem használhatja, mert különben furtum usust követ el.

A zálogbirtokos kötelezettsége, a mely *actio pigneraticia in personam directa*-val kényszeríthető ki a következő: A biztosított követelés teljesítése esetén a dolgot cum omni causa köteles visszaadni (hacsak ugyanazon adós ellen más követelése nincs), ha a követelés nem teljesíttetik, és ő a zálogtárgyat eladja, a superfluumot köteles visszaadni, a zálogtárgyat megőrizni tartozik és culpa levisért is felel. Ezzel szemben van neki retentionalis joga és *actio pigneraticia in personam contraria*-ja a dologra fordított szükséges kiadások és azon kár fejében, melyet a zálogbaadó dolusa, culpa latája, vagy culpa levise okozott.

A kötelmi zálogjog különös faja a **contractus pigneraticius irregularis**, vagy *pignus irregulare*. Ez abban különbözik a rendes pignustól, hogy a zálog megkapója nem ugyanazt a dolgot köteles visszaadni, hanem csak ugyanannyit és ugyanolyat, vagyis nem obligatio specifika, hanem generika. Ily módon persze csak res fungibilis adható, a zálog kapója tulajdont nyer és a genus nunquam perire censetur elvénél fogva a casus is őt éri. Ez utóbbi tekintetben előnyösebb a zálogbaadóra nézve a rendes pignusnál, bár megint abban, hogy a tulajdont elveszti és a dolgot csak kötelmi keresettel követelheti, hátrányosabb. A zálogot kapó, a mint mondtuk, a dolog tulajdonosává lesz és így a zálogjognál erősebb jogot nyer. Ez elvezet ahhoz a kérdéshez, hogy az ilyen pignus irregulareт, különösen a pénz zálogba adását, hogy kell megconstruálni? Ha a dologi és kötelmi zálogjog külön tartandóságát szem elől nem téveszt jük, erre a kérdésre igen könnyen megtaláljuk a felelet. Ilyen irregularis pignusnál létrejön a visszaadási kötelezettség, a kötelmi zálogjog, de nem jön létre a dologi, mert a tulajdonosnak a maga dolgán zálogjoga nem lehet.

149. §. A megbizás.

A megbizás, mandatum, már a római jogban is consensualis contractus volt, vagyis a nudus consensus perfectté tette. Tényállása az, hogy A. (a mandatarius) magát B.-vel (a mandans) szemben előre kikötött bér nélkül valamely idegen ügy ellátására kötelezi. A mandatum kétoldalú szerződés, mert mint látni fogjuk, a mandanst is

terheli kötelezettség, de azért nem visszterhes, mert a mandansnak ez a szolgáltatása nem viszontszolgáltatás. Idegen ügy ellátása más kötelem tárgya is lehet, így a bérszerződésé, csakhogy itt nem ingyen, hanem bérért történik, továbbá a negotiorum gestióé, csakhogy itt az idegen ügy ellátása nem szerződésből folyik. Előfordul az idegen ügynek ellátása mint accessorius kikötés is, pl. ha a virágkereskedőt felkérem, hogy a megvett virágot valahová küldje. Ilyenkor azonban, ha ő az elvállalt elküldést nem teljesíti, nem megbizás alapján fogok perelni, hanem a vele kötött adásvétel alapján.

A megbizásban kikötött szolgáltatás lehet jogi actus, de lehet valamely tényleges cselekmény is. Megkülönböztetendő szorosan a meg- vagy felhatalmazástól, iussus-tól. A mandatum, megbizás, szerződés A. és B. közt, intézve van A.-tól B.-hez, a ki a idegen ügy ellátására vállalkozik. A felhatalmazás A.-nak egyoldalú ügylete, igérete, intézve B.-n, az ügylet elvállalóján kivül akárki máshoz, vagy néha mindenkihez és tartalma az, hogy A. a meghatalmazó arra kötelezi magát, hogy a mit a meghatalmazott (B.) annak a bizonyos ügynek ellátásában tenni fog, azt a maga részéről előre is elismeri (l. 83—84. o.). A meghatalmazás kifelé szól, a megbizás befelé. Igen gyakori, hogy a kettő együttesen történik, de lehet az egyik a másik nélkül is. A gyám fel van hatalmazva, de nincs megbizva, a bizományos meg van bizva, de nincs felhatalmazva.

Ha én valakit megbizok valami cselekménynyel, ennek a cselekménynek, vagy az én, vagy valami harmadik érdekében kell történnie, de nem lehet pusztán a megbizottnak az érdeke. A *mandatum tui gratia* nem mandatum, hanem csak tanács, consilium. Ha én a betegnek azt mondom, hogy hideg borogatást vegyen, az nem mandatum, hanem consilium. A consiliumból jogi kötelezettség nem származik, a tanácscsal ellátott és azt elfogadó nem köteles azt meg is fogadni. De ha megfogadta néha, viszontkövetelése támad a tanácsadóval szemben. Az ide tartozó esetek: *a*) ha dolose rossz tanácsot ad; *b*) ha hivatalánál fogva köteles tanácscsal szolgálni, ekkor még culpáért is felel; *c*) ha egyenesen szerződésileg elvállalja a felelősséget, tehát periculo suo adja a tanácsot (ú. n. *garantialis szerződés*). Ez utóbbinak lehet venni, hogy a vendégtől megkivánjuk, hogy kabátját az előszobában letegye. Ilyenkor tehát nem áll, hogy nemo ex consilio obligatur.

A mandatum elvállalása ingyenes, bért érte kikötni nem lehet, mandatum nisi gratuitum nullum est, de azt megengedték a rómaiak, hogy a mandatarius honorariumot kapjon, si renumerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.

A mandatarius kötelezettségei, melyek tőle *mandati actio directa*-val kényszeríthetők ki, a következők: a megbizást az adott instructióknak (ilyenkor mandatum certumról beszélünk), ilyenek hiányában (m. incertum) a megbizott teendő természetének, czéljának meg-

felelően, gondosan kell végrehajtania, felel omnis culpáért, a teljesitésről számot tartozik adni, a mit a mandatum folytán szerzett, át kell szolgáltatnia (traditio illetve cessio útján) a megbizó kezeihez, még pedig cum omni causa, a szerzett és a maga czéljaira felhasznált pénzekért pedig ex lege kamattal tartozik. A megbizott, ha a megbizás természete úgy hozza magával, helyettest is használhat, a kiért, hacsak culpa in eligendo nem terheli, nem felel, de ha oly teendőkkel bizza meg a helyettest, a melyeket magának kellett volna véghez vinnie, akkor casusért is felel. Az actio mandati directa famosa actio, vagyis az ez alapon történt marasztalás infamissá tesz.

A mandans is köteleztetik a mandatum alapján az ú. n. *actio mandati contrariával* perelhetőleg. A mandatariusnak ugyanis, a mennyiben megbizásának határait túl nem lépte, következőkre van igénye: követelheti az összes bona fide tett kiadásokat és költségeket kamatostól, követelhet kártéritést a megbizó még culpa levise okozta kárért is, de casusért nem (ha én önt elküldöm és ön útközben elcsúszik és ruháját összeszakitja, nem tartozom önnek a kárt megtériteni), és követelheti, hogy a megbizó mindazokat a kötelezettségeket átvállalja, a melyeket ő a megbizás körén belül elvállalt, végül követelheti az igért honorariumot is (ezt azonban csak extraordinaria cognitióban).

A mandatum megszünik nemcsak az elvállalt cselekmény véghezvitelével, hanem bármely részről történő felmondás által is. Ha azonban a másik fél a felmondás előtt már előkészületeket tett, akkor e kárának megtéritését követelheti. A mandatum bizalmi viszony, ezért in dubio bármely fél halálával megszünik.

A rómaiak a mandatum formáját kiterjesztették oly esetekre is, a hol a mandatum tartalma nem ismétlődik, hanem csak inkább a formája forog fenn. Négy ilyen ügylet van:

1. **Mandatum ad agendum**. Erről már a cessiónál szó volt. Lehetséges, hogy én valakit megbizok a követelésem behajtásával, ez valódi mandatum, olyan megbizás, mint a milyen ma pl. az ügyvédé. Ha ő ebben hanyagul jár el, élhetek ellene actio mandati directával. A mandatum agendi, vagy ad agendum más. Itt megbizok valakit, hogy hajtsa be az én követelésemet a maga számára. Ez tehát mandatum tui gratia, megbizom a saját érdekében. Itt megbizás voltaképen nincs is, hanem csak meghatalmazás. Ebből aztán foly, hogy az rám nézve közönyös, él-e vele vagy sem, ép úgy, mint ma a cessiónál közömbös a cedensnek, vajjon a cessionarius a cedált követelést érvényesiti-e vagy sem. A mandatum ad agendumból nem származik actio mandati directa, hisz a mandatum az ő érdekében áll fenn. Csakhogy a mandatum ad agendivel a követelés még nem száll át a felhatalmazottra, az csak a litis contestatióval (ma a denuntiatióval) történik meg. Nekem tehát alkalmam van eddig a követelést magamnak behajtani, a miből neki

kára van. Ő neki ezért ellenem mandati actio contrariája van, úgy szintén akkor is, ha a behajtásra adott követelés fenn sem áll. Ha ő a követelést tőlem megvette, az actio mandati contrarián kivül actio emptije is van ellenem, de a követelés adósától csak annyit perelhet be, a mennyit ő a követelésért adott (lex Anastasiana).

2. Felhasználták a mandatumot, mint **mandatum qualificatumot** a kezesség czéljaira. A hitelezési megbizás is lehet valóságos megbizás, ha t. i. a megbizotton, ha az elvállalt hitelezést nem teljesiti, káromat megvehetem. De ez nem mandatum qualificatum. Ennél A. B.-t csak alakilag bizza meg. Ő nem azt mondja B.-nek, hogy hitelezzél C.-nek, hanem így szól: ha hitelezel, és ebből valami károd lenne, én a felelősséget elvállalom. B. nincs kötelezve A. irányában, de A. kötelezve van B. irányában. Actio mandati contraria van, de nincs directa.

3. **Delegatio.** A delegatiónál mindig két mandatummal van dolgunk. Az egyiket a delegans a delegatusnak, a másikat ugyanő a delegatariusnak adja (ez utóbbi iussus is lehet és ezért nem valódi mandatum a stipulatio). Ehhez a két mandatumhoz hozzá kell járúlnia harmadik ügyletnek, a delegatus és delegatarius közti stipulatiónak.

A delegatio czélja kétféle lehet. Lehet, mint azt a cessiónál és az adósságátvállalásnál láttuk, már fennálló obligatio alanyainak megváltozása, még pedig vagy *delegatio nominis*, a hitelező személyének megváltozása, és ekkor a régi hitelező a delegans, az új a delegatarius, az adós pedig a delegatus, vagy *delegatio debiti*, az adós személyének változása, a mikor a régi adós a delegans, az új a delegatus és a hitelező a delegatarius. Mind a két esetben azonban már fennálló követelésről van szó, a delegatarius új követelést nyer ugyan, de tekintettel a régi követelésre. Ezért az ilyen alanyváltoztató delegatiónak neve *titulált delegatio*. Ezzel szemben áll az *abstract delegatio*, vagyis delegatio abból a czélból, hogy tekintet nélkül valamely már meglevő követelésre jöjjön létre a a delegatarius és delegatus közt új követelés. Ez aztán lehet, hogy valamely régi követelés teljesitése gyanánt vagy helyett jön létre, tehát causa solutionis, vagy létrejöhet causa donationis. Én tartozom B.-nek lovat adni. Ennek teljesitése helyett megbizom C.-t, hogy B.-nek 100 frtot igérjen, B.-t megbizom (vagy felhatalmazom) hogy C.-től magának 100 frtot igértessen, e két megbizás, illetőleg a megbizás és felhatalmazás, folytán B. és C. 100 frtra stipulatiót kötnek. Történhetik ez a megbizás és felhatalmazás animo donandi is, de mindkét esetben úgy formailag, mint tartalmilag új követelés jön létre. Ellenben az alanyváltoztató titulált delegatiónál csak formailag új az a követelés, melyet a delegatarius stipulál a delegatustól, tartalmilag nem. A delegatarius azt kérdi a delegatustól: Quidquid tu Titio (a delegansnak) dare facere opportes, id mihi dare spondes-ne? illetve: Quidquid Titius mihi dare, facere oppor-

tet, id mihi spondes-ne? Az új kötelem tehát a régin alapul, és az ujat megállapitó stipulatio voltaképen incerta, és így actio incerti ex stipulatióval érvényesithető.

A delegatio mindig a delegatarius érdekében jön létre, és ezért nem igazi mandatum a delegatio sem.

4. **Assignatio** (utalvány). Itt szintén két mandatummal van dolgunk, az egyik mandatum solvendi, a másik mandatum accipiendi. Ez utóbbi azonban nem kell, hogy mandatum legyen, lehet felhatalmazás is. A., az assignans (utalványozó) megbizza adósát B.-t (assignatus), hogy fizessen C.-nak (utalványos, assignatarius), C.-t pedig megbizza vagy felhatalmazza, hogy B.-től a fizetést a maga számára felvegye. Ez utóbbi felhatalmazásnak czélja a legkülönfélébb lehet. Lehet solvendi, donandi, obligandi stb. causa.

A mandatumnak e négy különleges alfaján kivül még néhány szerződés rokonul, igy a kereskedelmi jogban a bizományi ügylet (Kommissionsgeschäft), a fuvarozási ügylet (Speditionsgeschäft), és így már a római jogban is a **bizományi szerződés (contractus aestimatorius)**. Ennek tényállása az, hogy A. B.-nek dolgokat ad át bizonyos meghatározott becsértékben azzal, hogy B. azokat eladja, és a mennyit elad, annyinak a meghatározott becsértékét tartozik megadni (tekintet nélkül arra, hogy mennyiért adta el a dolgot), az el nem adott dolgokat pedig természetben tartozik visszaadni. Ilyen szerződés ma különösen a könyvkereskedői bizomány. A római jog a contractus aestimatoriust, mint azt újabban nevezik, csak contractus innominatinak ismerte el, vagyis csak akkor jött létre, ha A. a dolgokat B.-nek tényleg átadta. A bizományos culpáért felel, casusért csak akkor, ha a szerződést ő kezdeményezte a maga nevében. A megbizónak a bizományos ellen *actio praescriptis verbis*-e van, melyet az újabbak *actio aestimatoriá*-nak hivnak.

150. §. Megbizás nélküli ügyvitel.

A megbizás nélküli ügyvitel (negotorium gestio) nem contractus, de a belőle előálló jogviszony úgy tényállása, mint joghatása tekintetében, a mandatumból előállóéhoz hasonlit. Tényállása a mandatuméval abban egyezik meg, hogy itt is, ott is valaki valamely jogi vagy tényleges actust visz véghez másnak érdekében, valaki idegen érdekben jár el. Csakhogy, míg a mandatumnál ez a valaki, ez a B. ezt teszi másnak A.-nak, rendesen az érdekeltnek felkérésére, megbizására, addig itt saját jószántából teszi. Negotiorum gestio tehát ingyenes, tudatos, kötelezni szándékozó vitele idegen ügyeknek megbizás vagy más kötelezettségi alap nélkül.

Ait praetor: si quis negotia alterius gesserit: iudicium eo nomine dabo (fr. 3. pr. D. 3. 5.). A praetor ezzel elismerte az obligatiót olyankor, mikor én idegen munkát végzek, az érdekelt félnek az ú. n. dominusnak megbizása nélkül. Ő védelmet ad a

gestornak és e czélból behozza az *actio negotiorum gestorum contrariát*, a dominusnak pedig megadja a *directa actiot.* De ha actio n. g. directa nem is volna, a dominius negotii akkor sem volna védtelen, azonban actio n. g. contraria nélkül a gestor megrövidülne. Élhetne ugyan condictio sine causával, gazdagodási keresettel, de ezzel nem a maga költségeit és kiadásait perelhetné, hanem csak annyit, a mennyivel a dominus a perlés idején még az ő negotii gestiója folytán gazdagodott. Ez tehát hiányos védelem, ezért hozta be a praetor a contraria n. g. actiót. Ezzel a gestor követelheti az összes beruházásoknak és költségeknek kamatostúl való megtérítését, az elvállalt kötelmek átvállalását, szóval, mindazt a vagyoni deterioratiót, a mely a gestio folytán előállott, tehát nemcsak a damnum emergenst, hanem a lucrum cessanst is. Gyámság alatt álló dominustól azonban csak a jelenlegi gazdagodást követelheti. Hogy azonban ezeket követelhesse, arra két feltétel van, subiectiv és obiectiv. A subiectiv az, hogy animo negotium alieno gerendi járjon el azzal a szándékkal és tudattal, hogy másnak ügyét viszi, és kell, hogy meglegyen benne az animus alterum obligandi, vagyis az a szándék, hogy az érdekeltet jogilag lekötelezze. Ha valaki az én ügyemben jár ugyan el, de nem tudatosan vagy engem kötelezni akarólag, az nem negotiorum gestor. Nem az tehát az én dolgomnak jóhiszemű birtokosa, mert ő nem jár el tudatosan az én ügyemben, ő azt hiszi, hogy magának veti be a földet, de nem az a rosszhiszemű birtokos sem, mert ő is azt hiszi, hogy a beruházásokat ő fogja élvezni. Megtörtént eset, hogy egy asszony, a ki árva unokahugát nyolcz évig nevelte, mikor a lány férjhez ment, a vőlegény ellen kiadásai erejéig a negotiorum gestorum contrariát megindította. Alperes helyes védekezése az volt, hogy a nevelés nem azzal a czélzattal történt, hogy a leendő férjet kötelezze, erről legalább felperes senkinek említést nem tett, feltehető tehát, hogy animo donandi költekezett a lányra. Ezen a kettős subiectiv elemen kivül azonban feltétele még a contraria actionak, az az obiectiv elem is, hogy a gestor tényleg a dominus érdekét képviselje, hogy az rá nézve hasznos legyen és főleg *indokolható* legyen. Ha tehát a dominus nincs megakadályozva a maga ügyében eljárni, senki se vesse fel magát. Azt persze, hogy a gestor a dominus érdekében járt-e el, nem szabad az eredmény szerint megitélni, hiszen lehet, hogy az eredmény negativ, azt úgy kell megitélni, vajjon arbitrio boni viri az ügybe avatkozás a dominus érdekében látszott-e lenni? Ezt úgy fejezik ki a források: opus *utiliter* coeptum etsi effectum non habuerit.

Ha úgy a subiectiv, mint az obiectiv elem fenforog, helye van a negotiorum gestorum actio contrariának. Ezzel szemben a negotiorum gestorum directa kisebb jelentőségű. Hogy a dominus ezzel az actióval élhessen, elegendő, hogy a gestor részéről akár a subiectiv, akár az obiectiv elem fenforogjon, még inkább persze

helye van, ha mind a kettő fenforog. A dominus ezzel az actióval követelheti, hogy az elvállalt ügyet gondosan lebonyolítsa és befejeztével számot adjon, hogy az ez ügyben szerzett tőkéket kamatostúl kiadja, sőt azokért a pénzekért, melyeket kamatozatlanul hevertetett, vagy a maga czéljaira felhasznált, a kamatokat ő fizesse, továbbá hogy omnis culpát praestáljon. Ha azonban a gestor, az ügyvivő kényszerítve vállalta el az ügyet, ha t. i. az ő közbelépte nélkül a dominus illető jószága elpusztult volna, akkor csak culpa latáért felel. Ellenben casusért is felel, ha az ügyet a dominus egyenes tiltakozása ellen vállalta magára, továbbá, ha az ügy a dominus rendes üzletmenetébe nem vág (l. 10. D. 3. 5.), végül, ha az ügybe csak a maga előnyére avatkozott be.

Az actio n. g. contrariának különös esete az *actio funeraria*, a melyet az indithat, a ki az arra kötelezett helyett valakit eltemettet. A temetésre kötelezettek: a ki ily modussal nyert hagyományt, azután az örökös, nőnél az, a kire a dos esik, az elhúnyt paterfamiliasa és csak végül a férj. Már most ezektől ezzel a keresettel a temetési költségek még akkor is követelhetők, ha az illetők a temetés ellen tiltakoztak, de az eltemetőnek arra mégis jó oka volt. Ezt a követelést különben a csődben privilegium exigendi illeti meg.

151. §. Adás-vétel.

Az *adásvétel* (*emptio-venditio*) már a római jogban is consensualis visszterhes szerződés, melynek tényállása az, hogy az egyik fél (az eladó venditor) a másiknak (emptor, vevő) dolog átadására kötelezi magát pénzellenérték (ár) fejében. Az ügylet lényeges alkatrészei: az árúban és árban való megegyezés. Mihelyt ez megvan, az emptio venditio perfecta est és ettől a pillanattól fogva a veszély átmegy a vevőre, bár ezzel a dolog tulajdonát még meg nem szerezte. Ha tehát per casum ettől a pillanattól fogva az árúszolgáltatás lehetetlenné válik, az eladó szabadul kötelezettsége alól, de a vevő az árat mégis meg tartozik fizetni. Ezt jelenti az, hogy a vevő viseli a veszélyt. Voltaképen a bérszerződésnél is a bérlő viseli a veszélyt, ha t. i. a bérbeadott ház leég, a bérlő nem követelhet interesset, csakhogy bérösszeget sem köteles fizetni. Ha azt, hogy interesse a lehetetlenült szolgáltatásért nem követelhető, nevezzük a veszély viselésének, akkor az adásvételnél a tételt úgy kell megformulázni, hogy a vevő nemcsak a veszélyt viseli, de még azonfelül a vételárat is köteles fizetni.

Az árú lehet először is testi dolog specifice meghatározva, tekintet nélkül arra, hogy vajjon az eladóé-e vagy sem. Én eladhatom érvényesen az x. lovát, ilyenkor köteles vagyok vagy a lovat megszerezni, vagy az interesset megadni. Érvényes az adásvétel akkor is, ha lopott dolgot adok el, sőt épen erre vonatkozik a szavatosság, az evictio. De ha a vevő is tudta, hogy a megvett

dolog nem az eladóé, ilyenkor ő dolosus lévén, az adásvétel semmis. De már saját dolgomnak a megvétele semmis, kivéve két esetben, ha t. i. a tulajdonos az eladótól a dolgon őt megillető birtokot vagy más jogot vesz meg, és ha a dominium irrevocabilet veszi meg azon a dolgon, melyen eddig csak revocabile illette meg. Ha azonban a vevő tudatosan veszi meg az eladótól a saját dolgát, a lefizetett vételárt vissza nem követelheti. Az árú lehet másodszor fajilag is meghatározva, lehet res futura is; sőt lehet spes is (126. §.). A res futura vételénél azonban, ha az anyagot a megrendelő adja, nem adásvétel, hanem műbérszerződés lesz. Ha a szabónál ruhát rendelek és a posztót ő adja, szerződésünk adásvétel lesz, ha én adom, műbérszerződés. Ez fontos a veszély szempontjából. A vétel tárgya továbbá több dolog egyszerre is lehet, pl. könyvtárt veszek pausál összegben, emptio per aversionem, vagy megveszek több egyforma dolgot egységár mellett, emptio per mensuram, mind a kettő specifikus vétel (lehet generikus is). A per mensuram vételnél azonban a veszély nem a consensus pillanatában száll át, hanem csak a lemérés megtörténtével. Valamint dolgok, úgy jogok is lehetnek az adásvétel tárgyai; eladhatom szolgalmi jogomat, követelésemet stb. A közönséges életben bizonyos tényleges állapotokat is eladnak, pl. a kereskedő eladja a clienteláját. Ezt azonban nem lehet adásvételnek qualificálni, erre ennek szabályait alkalmazni nem lehet. Már a czégnek eladása adásvétel, mert a czégre subiectiv jog áll fenn. Mindazt, a mi eladatik, árúnak nevezzük, de közönséges értelemben csak ingót értünk rajta, holott ingatlant is el lehet adni. Az eladó kötelezettsége a dolgot átadni, nem tulajdonba, hanem csak ténylegesen, de szavatol a vevőnek, hogy senki őt ennek élvezetében háborgatni nem fogja, rem emptori *habere licere*. Ennek oka az, hogy az adásvétel a ius peregrinum intézménye, iure peregrino pedig tulajdont adni nem lehetett. Már a ius Quiritium szerinti eladásnál, a mancipatiónál a tulajdon ruháztatott át.

A vevő ellenszolgáltatása az ár. Az ár pénz kell, hogy legyen, különben nem adásvétellel, hanem cserével van dolgunk. Az árú is lehet pénz, de csak mint egyed, vagy mint genus, de nem mint törvényes fizetési eszköz. E szerint az ú. n. váltás nem adásvétel, hanem csere. Idegen pénz beváltása már adásvétel. Az árnak római jog szerint három kelléknek kell megfelelni: verumnak, certumnak és iustumnak kell lennie. *Pretium debet esse verum, certum, iustum.* Pretium verum annyit tesz, hogy a vevő magát tényleg kötelezze az ár megfizetésére, vagyis a pretium obligatorium legyen. Ha az ár csak szinleg van megállapitva, az ügylet nem adásvétel, hanem aminus donandi esetén ajándék, különben pedig semmi. A pretium certum követelménye az ár obiectiv meghatározottságát jelenti. A régi római jog megkivánta, hogy az ármegállapitás határozott összegű pénzben történjen meg (pecunia numerata). Későbbi jog

szerint elegendő volt a vételár relativ meghatározása, pl. quanti tu rem emisti, vagy quantum in areo habeo, sőt harmadik személy arbitriumára is bizható az ármegállapítás. Ez esetben azonban a vétel csak akkor jön létre, ha a harmadik az árt valóban megállapította. Vitás kérdés, vajjon eléggé határozott az ármegállapitás, ha a vevő tisztességére van bizva: Dernburg szerint nem, Baron szerint igen. Ez utóbbi nézet helyes akkor, ha az ár a vevőtől nem qua olyantól, hanem boni patris familias arbitriumától van függővé téve, mert ekkor birói megállapitás léphet a helyébe. Ugyanez az eset, ha a harmadik személy is csak qua bonus vir van az ármegállapitással megbizva. Ez esetben a vétel nincs az ő kényekedvétől, hogy meg akarja-e az árát határozni, függővé téve, mert pótolhatja a birói arbitrium. A harmadik követelmény a pretium iustum. A római jog szerint az adásvételnél nem lehet rossz néven venni, ha a két fél egymást meg akarja csalni, de csak bizonyos határokon belül. Diocletianus elrendelte, hogy a telek eladója, a ki a telekért értékének felét sem kapta, a vételt megtámadhatja, ha a vevő a hiányzó vételárt kipótolni nem akarja. Az ehhez fűzött glossa alapján a praxis ezt kiterjesztette a vevőre is, a ki az árú értékének kétszeresénél többet fizetett. Ez az ú. n. *laesio enormis*, a melyet minden synallagmatikus szerződésre kiterjesztettek, kivéve az aleatorikus szerződéseket. A laesio enormis orvoslására az eladó, illetve a vevő a másik félnek actiójával szemben *exceptio laesionis enormis*-sel élhet, ha pedig a szerződés már teljesítve is van, akkor régebbi nézet szerint külön keresete volt: *condictio ex lege 2. C. de rescindenda venditione*, a most uralkodó nézet szerint pedig az adásvételből folyó keresetével élhet. Nem érvényesithető a laesio enormis, ha az örökös vagy hagyományos az örökhagyó rendeletéből adta el a dolgot az örökhagyótól meghatározott áron, továbbá, ha az illető tudva adta el túlolcsón vagy vette meg túldrágán a dolgot, illetve ha előre lemondott a laesio enormis érvényesítéséről, aztán birói eladásoknál, végül örökségvételnél.

Az eladót az *actio venditi* illeti. Ezzel a vételárt és az árú átadása utáni kamatokat követelheti, tehát nemcsak a mora pillanatától fogva, hanem előbb is, hacsak az ellenkező kikötve nincs. Követelheti továbbá az árúra a consensus pillanatától fogva az átadásig tett szükséges kiadásokat és a vevő culpa levis-e okozta károk megtérítését is. Mindezt akkor is követelheti, ha az árú a consensus óta per casum tönkrement vagy rosszabbodott. Nem követelheti azonban, ha a vétel megtekintésre, megizlelésre szól, t. i. azzal a felfüggesztő feltétellel, hogy a vétel csak akkor jöjjön létre, ha az átadott árúminta a vevőnek tetszeni fog. Minthogy ilyenkor a vevő az árút minden megokolás nélkül visszaküldheti, nem is felel a casusért mindaddig, míg ki nem jelentette, hogy az árút elfogadja. A visszaküldésnek persze in dubio bona fide számitott időn belül kell megtörténnie. Nem viseli a casust a vevő a per

mensuram vételnél sem a lemérésig és végül a genus vételnél, mert genus nunquam perire censetur. A fentin kivül minden egyéb suspensiv feltétel alatt kötött vételnél pendente condicione a periculum interitust az eladó a per. deteriorationist pedig a vevő viseli. Az eladót az actio venditin kivül megilleti az exceptio non adimpleti contractus is, ha a vevő a dolgot követelné, mielőtt a vételárt stb. lefizette.

Ezzel szemben a vevő keresete az *actio empti*. Ezzel ő a vett árúnak cum omni causa csak traderejét követelheti, daréját nem. Nem köteles tehát az eladó a tulajdont átruházni, hanem csak azt köteles a maga részéről megtennie, hogy a vevő a dolgot nyugodtan élvezhesse. Ezzel ő egyelőre megtette a magáét. Ha azonban az eladott dolgot a vevőtől később valaki elperelné, evincálná, beáll az eladó *szavatossága*. Ha az eladó dolose ad el idegen dolgot, a vevő előtt ezt elhallgatva, akkor ez utóbbi nem is tartozik bevárni azt, hogy a dolog tőle elpereltessék, hanem rögtön kérheti az actio empti-vel az eladótól az interesse megtérítését, illetve, ha a vételárat még le nem fizette, akkor az eladó actio venditijével szemben fenyegető evictio esetén *exceptio evictionis imminentis*-sel élhet. Minden egyéb esetben a vevő nem léphet fel mindjárt, mikor megtudja, hogy az eladó traditiója folytán tulajdont nem nyert, hanem köteles bevárni, hogy a dolog tulajdonosa vagy más jogosult őt beperelje, illetve felléphet akkor, ha az illető joga kétségtelen volt és ő a pert be nem várva, a dolgot átadta. Rómában szokásos volt, hogy res pretiosiores vételénél a vevő az eladótól evictio esetére a vételár kétszeresét stipulálta magának, innen magyarázható, hogy Iustinianus szerint a vevő elperlés esetén az eladótól az actio emptivel teljes interesséjének megtérítését követelheti ugyan, de ez sohasem lehet több a vételár kétszereesénél. Az evictióért járó kártérítést azonban csak akkor követelheti a vevő, ha az eladót a per meginditásáról kellő időben értesitette, hogy ő is mint socius litis a perbe bocsátkozhasson. Ha a vevő ezt a litis denuntiatiót elmulasztja, akkor az eladó Arndts, Baron Wächter s mások szerint az evictióért való szavatosság alól mentesül, hacsak a vevő be nem bizonyítja, hogy az ő assistentiája sem változtatott volna a per eredményén. Ezzel szemben Windscheid szerint nem a vevőnek kell bizonyitania, hanem az eladónak, még pedig azt, hogy az ő közbelépése igenis változtatott volna az itéleten. A litis denuntiatio persze elmaradhat, ha a felek így egyeztek meg vagy ha az eladó tudatosan lehetetlenné teszi, ha távol van, vagy végül, ha a nélkül is fellép mint socius litis. Az evictióért való szavatosság feltételei tehát, hogy valamely harmadik személy akármilyen jog alapján a dolgot kievincálta, másodszor, hogy a harmadik személynek ez a joga már az adásvétel megkötése idején fenforgott és végül, hogy a vevő a litis denuntiatiót el ne mulaszsza. Három esetben azonban az eladó még sikeres evictio esetén sem szavatol; még pedig, ha ebben a

felek előre megegyeztek (*pactum de non praestanda evictione*, de ez sem ment, ha az eladót dolus terheli), másodszor, ha a vevő tudva vette meg az elperlésnek kitett dolgot és végül, ha az eladás játék közben történt, hogy az eladónak a továbbjátszásra pénze legyen.

Az evictióért való szavatosság egyik esete annak, hogy az eladó nem mentesül rögtön a dolog átadásával. Ennek második esete az, ha a dolognak valami tényleges hibája van, ha az árúban azok a minőségi tulajdonsagok nincsenek meg, a melyek a szerződésben akár expressis verbis, akár hallgatólag ki ·oltak kötve. Már a 12. t. t. szerint is felelt az eladó a mancipált dolog hibájáért, ha a nuncupatióban bizonyos hiányok és hibák fenn nem forgását igérte. A későbbi civiljog ezen a felelősségen a res mancipinél bővitett és a res nec mancipi eladójára is kiterjesztette olyképen, hogy minden eladó felel a tényleges hibákért, ha ezt külön elvállalta vagy ha az átlagos tulajdonságok hiányát dolose elhallgatta, illetve dolose állitott oly tulajdonságokat, a melyekről tudta, hogy nincsenek meg. A vevő ilyenkor az actio emptivel teljes interessejét követelhette. De ha ezek a hiányok megvannak, a nélkül, hogy az eladót dolosus elhallgatás vagy állítás terhelné, akkor a civiljog cserben hagyta a vevőt. Ilyenkor a vevő a dolgot tale quale tartozik átvenni. Ezért az aedilis, a ki a vásári eladások felügyelője volt, edictumában tovább ment és kimondta, hogy ha valaki a vásáron rabszolgát vagy barmot vesz, akkor az eladó annak minden hibájáért, a melyet a vevővel, bár nem is dolose, nem közlött, felel, hacsak ezek a hibák teljesen nyilvánvalóak nem voltak. A vevő az aedilistől ily esetben két keresetet kapott: az *actio quanti minorist* és az *actio redhibitoriát*. A vevő vagylagosan kétfélét követelhet, vagy aránylagos árleszállitást vagy a vétel megszüntetését, azaz az árú visszaadása ellenében a vételárat. A vevő itt voltaképen kevesebbet kap, mint kap ius civile szerint. A ius civile felelősségi esetében az actio emptivel teljes interesséjét megkapja, itt csak aránylagos árleszállitást vagy vissza a vételárt. Másrészt azonban kedvezőbb a helyzete, mert nemcsak dolus esetén léphet fel, hanem annak hiján is. Neki csak azt kell bizonyitania, hogy az eladott dolognak physikai hiánya van, hogy ez a hiány már az adásvétel megkötése pillanatában fenforgott, harmadszor kell, hogy ez a hiány a dolog értékét csökkentse, mert apró-cseprő hibákra nem lehet a biró tekintettel, minima non curat praetor, és végül azt, hogy a hiba olyan, hogy bona fide észrevenni nem lehetett. Szembeötlő hibára nem hivatkozhatik, ne vette volna meg a rabszolgát, a barmot. Ezért szoktunk *rejtett hibákért való felelősségről* beszélni. Az aránylagos árleszállitásra irányuló actio quanti minoris egy annus utilisen, a vétel megszüntetésére irányuló actio redhibitoria pedig hat utiliter számitott hónapon belül inditandó meg. Ez utóbbival vevő azt követelheti, hogy az eladó a dolgot cum omni causa vissza-

vegye és a vételárt kamatostul visszaadja. Ha persze az árú a vevőnél annak culpája folytán megsérült, a kárt a vevő meg tartozik téríteni, de ha a sérülést casus okozta, a vevő úgy adja vissza a dolgot az eladónak, a mint van. Ez utóbbi okból a vevő nagyon szereti az actio redhibitoriát és valahányszor az árú per casum tönkremegy, kutatni fogja, nem szabadulhat-e a felelősség alól, nem volt-e az árúnak valamelyes rejtett hibája? Ha a megvett dolog rejtett hibájánál fogva valamilyen kárt tett a vevőnél, ennek az eladó ellen kártérítési igénye van, a melyet azonban sem az actio emptivel, sem a redhibitoriával nem érvényesíthet, hanem csak retentióval élhet. Ez tehát csak közvetetten kikényszerített obligatio. A vevő, mint mondtuk, választhat a két kereset között, de ha egyszer a quanti minorist választotta, többé a redhibitoriára rá nem térhet, fordítva igen. A quanti minoris többször is megindítható, ha t. i. a vevő különböző hiányokra különböző időpontokban jut rá. Előnye továbbá az is, hogy hosszabb ideig indítható, továbbá a vevő akkor is élhet vele, ha a megvett dolog már nincs is meg, úgy hogy többé visszaadni nem tudná.

A vevő e szerint rejtett hibák esetén következő módokon érvényesítheti a maga jogát: az első hat hónapon belül akár a redhibitoriát, akár a quanti minorist megindíthatja, még pedig, ha előbb a redhibitoriát választotta, rátérhet a quanti minorisra, fordítva nem, hat hónaptól 12 hónapig már csak aránylagos árleszállítást követelhet, azontúl már semmit. Ha pedig az eladót dolus terheli, ezeken felül az actio emptivel is élhet. Igy volt ez eleinte a rabszolga- és baromvételnél, de utóbb kiterjesztetett minden adásvételre, sőt minden synallagmatikus obligatióra is. Ha a vevő a szerződéskötéskor redhibitorius jogáról lemondott, akkor a vétel ú. n. *venditio simplaria* (Dernburg szerint vend. simplaria nem ez, hanem az oly vétel, a melynél evictio esetére az árú csekély értéke miatt a stipulatio dupplae elmaradt). Igen vitás kérdés, vajjon az aedilisi kereseteknek a generikus vételnél is helyük van-e? Thöl, Windscheid, Brinz szerint nem, szerintük csak a specifikus vételnél találnak alkalmazást. Ezzel szemben az újabb iudicatura a generikus vételre is kiterjesztette őket. Ha pl. bőrt rendelek, akkor a mai jog szerint az eladó közepes minőséget tartozik szállítani. Ha silányabbat szállít, Windscheid szerint aliud pro alio szállítván, egyáltalában nem teljesített. Az újabb iudicatura szerint ez teljesítés ugyan, de a vevő felléphet az aedilisi keresetekkel.

A vevőnek az eddig említett kereseteken kivül megvan még az exceptio non vagy non rite adimpleti contractus.

Az adásvételnek különös fajai:

a) *Próbára vagy megtekintésre,* *ízlelésre szóló vétel.* Azon feltétel alatt kötött vétel, hogy az árú a vevőnek tetszeni fog. Ez a feltétel lehet suspensiv is, resolutiv is, de in dubio suspensiv. A vétel létrejötte itt tisztán a vevőtől függ, kétség esetén tehát tetszésétől, nem

mint arbitrium boni viritől van függővé téve. Ezt a tetszését vagy nem tetszését bizonyos időn belül kell kinyilvánitania, különben az árú megfelelőnek vétetik.

b) Próba vagy mustra szerinti vétel. Feltétlen vétel, a melynél az árú a mintával kell hogy megegyezzen. Per esetén a vevőnek kell vagy a mustra felmutatásával vagy más módon az árúnak a mustrával meg nem egyezését bebizonyítania.

c) Próbavétel, teljesen perfekt vétel, a melynél a vevő újabb megrendelést helyez kilátásba. Ennek semmiféle jogi jelentősége nincsen.

Az adásvétellel kapcsolatban számos mellékegyezmény (*pactum adiectum*) köthető, sőt mint a traditiónál láttuk, egy, t. i. a *pactum reservati domini* már ex lege benne van az adásvételi szerződésben. A többi mellékegyezmény külön kikötendő a felek által és két főcsoportra osztható: Van ugyanis kötelmi, személyes és van dologi hatású mellékegyezmény.

Kötelmi hatásúak:

a) A pactum de retroemendo, de retrovendendo, a visszavételi, illetve a visszeladási jog fentartása. A vevő kiköti magának, hogy az eladó bizonyos idő mulva, még pedig kétség esetén ugyanazon áron vissza fogja venni, illetve az eladó kiköti, hogy a vevő neki vissza fogja adni a dolgot.

b) A pactum protimiseos, elővételi jog fentartása. Az eladó kiköti magának, hogy ha a vevő a dolgot ismét el akarja adni, kedvezőbb ajánlat hiján első sorban az eladónak fogja odaadni.

Dologi hatásúak:

a) A lex commissoria vagy pactum commissorium, a melyben az eladó azt a jogot nyeri, hogy a vételt megsemmisítse, ha a vevő kellő időben nem fizet. Az ebben rejlő feltétel in dubio resolutiv. Az eladónak ilyenkor az esedékesség után szabad választása van a vételár követelése és a vétel megsemmisítése között, de ha egyszer egyiket választotta, a másikat elveszti. Ha a megsemmisítést választja, az eladott dolog tulajdona ismét rászáll, még pedig menten minden a vevő constituálta tehertől. Az eladó azonban nemcsak a dolgot nyeri vissza, hanem az időközi gyümölcsöket és a vevőnek felróható kár megtérítését is követelheti. A vevőnek ellenben retentiója van a szükséges és hasznos kiadások fejében, de esetleges foglalóját és teljesített részfizetéseit nem kapja vissza. Ez esetben azonban kára erejéig megtartja az időközi gyümölcsöket.

b) Az addictio in diem, a kedvezőbb ajánlat elfogadhatóságának fentartása az eladót a vétel megsemmisítésére jogosítja, ha bizonyos időn belül jobb vételi ajánlatot kap. A vevőnek ilyenkor elővételi joga van, úgy, hogy a jobb ajánlatot magáévá teheti.

c) A pactum displicentiae, a visszalépés joga, a mely akár az egyik, akár a másik felet a vételtől való visszalépésre jogosítja bizonyos időn belül. Itt a vétel szintén resolutiv feltétellel köttetett meg.

152. §. A csere.

A csere (*permutatio rerum*) római jog szerint innominat realcontractus, ma már consensualis, a melylyel mindegyik fél valamely dolog tulajdonának átruházására kötelezi magát, és a melynél mindegyik szolgáltatás egyszersmind árú is, ár is. Ha az egyik fél a dolgot átadta, ezzel a régi római jogban még nem nyert követelést az ellenszolgáltatásra, hanem csak condictio sine causája volt a maga szolgáltatásának visszakövetelésére. Később ezenfelül már az ellenszolgáltatást is követelheti (persze csak vagylagosan) az *actio praescriptis verbissel*, vagyis a csere innominat contractussá lett. Ma már nem is szükséges az egyik szolgáltatás realizálása, már a puszta megegyezés szüli mindkét részen a szolgáltatás követelhetőségét, persze csak a maga szolgáltatása ellenében. A csere joghatásai nagyjában egyenlőek a vételével, csakhogy a cserénél a nyugodt birtoklás átengedése nem elegendő, a szerződő feleknek a kicserélt dolgok tulajdonát kell átruházniok. Az evictióért, laesio enormisért és a rejtett hibákért való felelősség a cserére is alkalmazást nyer, a minél persze a részletekben számos nehézség merül fel. Így ha lovat ökörrel cserélek, és az ökrön hibát találok, az actio quanti minoris keresztülvihetősége legalább is kérdéses.

153. §. A bérszerződés.

A bérszerződés (locatio conductio) már a római jogban is consensualis szerződés volt. Tényállása az, hogy az egyik fél valamely dolognak vagy munkaerőnek a használatát engedi át a másik félnek pénzbeli ellenszolgáltatás (merces, bér) ellenében. A római jog háromféle bérszerződést különböztet meg: *l. c. rei-t*, dologbérszerződést, *operarum-ot*, munkabérszerződést, és *operist*, műbérszerződést. A locatio conductio név eredete valószinűleg az, hogy mint már a XII. t. t. is emliti, az első ilyfajta szerződés az igásmarhának használatba adása volt. Az igásmarhát felállitották a vásáron (locare), a ki pedig bérbe vette, elhajtotta (conducere). A bérbeadó a locator, a bérbevevő a conductor. A dologbérszerződésnél, a ki a dolgot adja, locator, a ki a pénzt, conductor, a munkabérszerződésnél is a bért fizető a conductor, de már a műbérszerződésnél a szerepek felcserélendők, és a művet végző a conductor, és az a locator, a bérbeadó, a ki érte a bért fizeti.

I. Locatio conductio rei. A dolognak bérért való használatba adása. Ennél különbséget kell tenni, vajjon a dolgot úgy adom-e oda, hogy a bérlő csak az állagát használja, vagy pedig úgy, hogy azt megművelvén, gyümölcsét is húzza. Első esetben ma bérletről (Miethe) beszélünk, második esetben haszonbérletről (Pacht). Lakást bérel az ember, szántóföldet haszonbérbe vesz. A rómaiak mindkét

esetben locatio conductio reit mondanak, bár a bérlőt inquilinusnak, a haszonbérbe vevőt pedig colonusnak hívják. Magának a contractusnak a római jogban csak egy neve van.

A locatio conductio reinel a felek nevei: a bérbeadó locator, keresete az *actio locati*, a bérbevevő conductor, még pedig vagy inquilinus vagy colonus, keresete *actio conducti*. Fiskalis jószágok, vagy vámok bérlőjét a források publicanusnak, redemtornak, vagy, minthogy a vámok bérbeadása mancipatio útján történt, mancepsnek is hívják. A bérszerződés perfect, ha a felek a bérlendő dologban és a bérben megegyeztek. Megegyezésnek vétetik az is, ha az eddigi bérlő a bérlet lejárta után a dolgot tovább is használja, a mi ellen a bérbeadó nem tiltakozik. Ez az ú. n. *relocatio tacita*. Ez praedium rusticumnál 1 évre szól, praedium urbanumra nézve pedig vita van. Windscheid, Baron, Vangerow szerint az új bérlet ilyenkor ugyanoly hosszú, mint a régi volt. Bérbeadandó tárgy minden dolog lehet, a mely salva rerum substantia használatra alkalmas, ingó épúgy, mint ingatlan, sőt jogok is bérbeadhatók. Még saját dolgunkat is bérelhetjük, ha t. i. másnak arra valami használati joga van, tehát pl. bérelhetjük a haszonélvezőtől. A bérnek pecunia numeratanak, certának és verának kell lennie, csak a haszonbérletnél lehet más, t. i. az évi termés bizonyos hányada (az ilyen bérlő a *colonus partiarius*). Ha más bérletnél a bér nem pénzben, hanem más szolgáltatásban van kifejezve, akkor az a római jog szerint nem bér, hanem innominatszerződés (do ut facias). A bérlő (értve alatta mindig a haszonbérlőt is) a bérelt dolgot tovább adhatja bérbe, ez az ú. n. *albérlet*, *sublocatio*. Erre csak ellenkező kikötés esetén nincs jogositva. Minthogy a bérlet kötelmi viszony, az első bérbeadó és áz albérlő között semmiféle jogviszony nem keletkezik. A bérleti targyat terhelő szolgáltatásokat, föld, ház stb. adót a római jog szerint a bérbeadó tartozik viselni, illetve, ha a bérlő viseli, akkor a bérből levonhatja.

A bérlőnek actio conductije van és ezzel következő jogait érvényesítheti, illetve a bérbeadó következő kötelezettségeit kényszerítheti ki: A bérbeadó köteles a dolgot minden tartozékával együtt rendes, a használatra alkalmas állapotban a kikötött időre átengedni és felel minden culpáért, tehát culpa levisért is. Köteles továbbá a bérlőnek szükséges és hasznos kiadásait megtériteni, ezek fejében a bérlő retentióval is élhet, minden egyéb beruházásra azonban csak ius tollendije van. Ha a bérbeadó a bértárgy hibáit culpose eltitkolja, vagy habár magára vette, ki nem javítja, akkor a bérlő kártérítést kérhet, illetve ezt a bérből levonhatja, sőt ha ezek a hibák a dolgot használhatóságától megfosztják, a bérszerződéstől visszaléphet. Ugyanezt teheti, ha a bérbeadó a dolgot nem idejében adja át, sőt ha ebben culpa is terheli, a bérlő azonfelül kártérítést is követelhet. A hibák tekintetében persze itt is az áll, hogy a nyilvánvaló, szemmellátható hibákért a bérbeadó felelősségre nem von-

ható. A bérlőnek egyoldalú visszalépési joga, a mely ma is meg van, egyedül áll az összes synallagmatikus szerződések közt és fölöslegessé teszi az aedilisi kereseteket, a melyek a bérletnél ezért nem is érvényesíthetők. Ha a bérbeadó dolog átengedésében per casum van megakadályozva, akkor a szerződés megszünik, vagyis a bérlőnek sem kell fizetnie. Ezt mondja a locatoris est periculum szabálya. Ezzel szemben azonban a bérlő sem kérhet kártérítést a dolognak át nem engedése miatt és ép oly joggal mondhatni, hogy conductoris est periculum. Nem szabadul azonban a bérlő a bér fizetése alól, ha a casus veszélyét magára vállalta és a locatio conductio rei irregularisnál, ha t. i. a dolognak generice történendő visszaadására van kötelezve, ennél ugyanis áll: genus nunquam perire cense tur elve. Ilyen irregularis bérszerződés a contractus socidae (Eisernviehvertrag), marhaállománynak a bérbeadása azzal, hogy a bérlő csak hasonló mennyiségű és minőségű marhát, legyen köteles visszaadni. Ilyennél per casum megsemmisülésről alig lehet szó, mert ha az átadott marha meg is döglik, hasonfajta mindig akad. (Eisernvieh stirbt nie).

A bérlő kötelezettségei, a melyek kikényszerítésére a bérbeadónak actio locatija, van ezek: A bérlő köteles a bért, még pedig in dubio az egész bérlet vagy bizonyos szokásos terminusok lejártával, tehát postnumerando megfizetni. Ez annyira áll, hogy a bérbeadó még a praenumerando fizetés kikötése esetén is köteles előbb teljesíteni. A bérlő az egész bért tartozik megfizetni, de bérleengedést (remissio mercedis) kérhet, ha rendkivüli szerencsétlenségek őt a dolog kellő kihasználásában megakadályozták, illetve neki tetemes kárt okoztak. Ilyen remissio mercedist természetesen a colonus partiarius és az, a ki erről előre lemondott, nem kérhet, úgyszintén nem kérheti az emphyteuta sem. További kötelezettsége a bérlőnek, hogy a dolgot salva rerum substantia tartozik használni, a mi persze a generikus bérletnél nem áll. A bérlet lejártával a dolgot pertinentiaival együtt rendes állapotban tartozik visszaadni, a minek megtagadása condemnatio in dupplumot eredményez. Felelőssége culpa levisig terjed. Ha tehát a dolog visszaadásában saját culpája folytán van megakadályozva, érdektérítéssel tartozik.

A bérlő a római jogban csak birlaló, dologi joga egyáltalán nincs, ő csak a bérbeadó ellen fordulhat actio conductijével. Az actio spolii és a summariissimum kifejlődésével azonban a bérlő, úgyszólván birtokossá lett. A bérlőnek különös jogeszköze az interdictum de migrando, a melylyel invectainak és illatainak kiadását kérheti, ha a bért lefizette, vagy bebizonyítja, hogy a retineált tárgyakra a bérbeadó zálogjoga ki nem terjed. A római jog szerint ugyanis a bérbeadónak praedium urbanumnál törvényes zálogjoga van a bérlő invectáin és illatain, praedium rusticumnál pedig a percipiált gyümölcsökön és az invectákon, a mennyiben róluk tud,

őket ismeri. Praedium rusticumnál az első bérbeadónak még az albérlő invectái és illatáin is van zálogjoga, ha az első bérlő kötelezettségét nem teljesiti.

A bérszerződésnek részint sajátos megszüntető tényei: *a)* az idő mulás, *b)* a bérlő vagy bérbeadó visszalépése, *c)* a bérleményi tárgynak elpusztulása, *d)* a bérlő csődje. A bérbeadó visszaléphet, *a)* ha a bérlő két évi bérrel hátralékban van, *b)* ha a bérlő a dologgal visszaél, *c)* ha a dolog halaszthatatlan javitásokra szorul, *d)* ha a bérbeadott lakásra sürgős, előre nem látott szüksége van. A bérlő visszaléphet, mint már láttuk: *a)* ha a dolognak rejtett hibái vannak, a melyek a használatot lehetetlenné teszik vagy nagyon megnehezitik, *b)* ha a bérbeadó nem kellő időben adja át a dolgot, és végül, *c)* ha a dolog folytonos használata veszélylyel fenyeget.

A bérlőnek mint láttuk csak kötelmi joga van, ő csak a bérbeadó ellen fordulhat. Ha tehát a bérbeadó a dolgot eladja, a vevő a bérlőtől a dolgot elveheti, a nélkül, hogy az ellene valamit tehetne. Ez az, a mit a német közmondás helytelenül úgy fejez ki, hogy *Kauf bricht Miethe*. Ez igy nem igaz, mert azért a bérszerződés tovább is fennáll és a vevő által a dolog használatából kidobott bérlő épen a bérszerződés alapján kártéritést követelhet a bérbeadótól. Ujabban a telekkönyv intézménye védi a bérlőt, oly értelemben, hogy ha ő a jogát betábláztatja, körülbelül olyan joghoz jut, mintha neki az ingatlanra szolgalmi, tehát dologi joga volna. A német codex első javaslata a Kauf bricht Miethe alapelvét fentartotta ugyan, de később elejtette, úgy hogy a bérlő minden betáblázás nélkül is védve van minden harmadik személy ellen. Ez azonban nem római álláspont. (A Kauf bricht Miethe ellentéte a Heuer (Miethe) geht vor Kauf.)

II. **Locatio conductio operarum,** munkabérszerződés, emberi munkaerőnek átengedése bér ellenében. Munkaerő alatt itt csak az ú. n. *operae locari solitae*, *operae illiberales* értendők, ellentétben az operae liberalessel, a melyek bérbe nem adhatók, ilyenek az ügyvéd, orvos, tanár munkája, a kik honorariumot igen, de bért el nem fogadhatnak, vagyis munkájuknak átengedése nem bérszerződés, hanem mandatum, az érte kikötött honorarium pedig csak extraordinaria cognitioban követelhető.

A loc. cond. operarumnál a munkás a locator, a munkaadó a conductor. Ennek megfelelően utóbbinak actio conductije van, a melylyel azt követelheti, hogy a munkás az igért munkát szerződésszerűen és személyesen teljesitse (alárendelt munkát in dubio mással is végeztethet), mulasztása vagy ügyetlensége okozta kárt megtéritse, omnis culpáért feleljen. A munkás actio locatijével a kikötött bért, illetőleg, ha munkaközben a további működés lehetetlenül, az eddigi munkának megfelelő bért követelheti. A casust a munkaadó viseli, a mi úgy értendő, hogy a további immár lehetet-

lenné vált munkáért kártérítést nem kérhet, másrészt azonban bért sem tartozik fizetni, úgy hogy ép oly joggal mondható, hogy a munkás viseli a veszélyt.

III. **Locatio conductio operis, műbérszerződés** valamely eredmény, mű létesítésének elvállalása bér ellenében. Itt is munkaerő átengedés van ugyan, de a kötelezettség nem erre irányul, hanem a munka eredményeinek létesítésére. Ha a lakásomat úgy festetem be, hogy szobafestőt fogadok, a kinek munkáját naponként vagy hetenkint fizetem meg, a meddig csak a festés tart, akkor ez munkabérszerződés. Ha azonban a lakás befestéseért bizonyos összeget kap tekintet nélkül az időre, akkor műbérszerződést kötettem vele. Ha a szabónőnek napszámot fizetek, szerződésünk operarum loc. cond., ha a készített ruha száma szerint kapja meg bérét, loc. cond. operissel van dolgunk.

A locatio conductio operisnél az elnevezések épen ellentétesek az eddigiekkel. Itt a munkás a bérlő a *conductor* sc. *redemptor operis*, és a bérfizető a bérbeadó, *locator operis*. Megjegyzendő, hogy műbérszerződéssel csak akkor van dolgunk, ha a locator adja az anyagot, a melyet a munkás feldolgoz. Ha ellenben a munkás nemcsak a munkát, hanem az anyagot is adja, a szerződés adásvétel lesz. Ha művet megrendelő adja ugyan az anyagot, de a munkás nemcsak ebből, hanem más hasonló minőségű és mennyiségű anyagból is készítheti a művet, akkor *locatio conductio operis irregularis*-ről beszélünk. Ilyennek lehet venni, ha pénzt adok a póstára, hogy ugyanannyit adjon át a czimzettnek. (Ez talán inkább utalványozásnak vehető!)

A conductor kötelezettsége, a mely actio locatival kényszeríthető ki, az, hogy az elvállalt opust a megállapitott időn belül szerződésszerűseg elvégezze, és felel nemcsak a maga, hanem alkalmazottjai culpájáért is. Ha a kárt az okozta, hogy a locator helytelen utasításokat adott, akkor a conductor érte nem felel. A művet a conductornak magának kell elvégeznie, de segédeket alkalmazhat. A conductor minden felelősség alól mentesül, ha a megrendelő a dolgot szó nélkül átvette, nem mentesül azonban, ha a hibákat dolose elhallgatta.

A locator kötelezettsége a kikötött bér megfizetése, de csak a mű átadása ellenében. Ha tehát a mű per casum lehetetlenül, a megrendelő a bért megfizetni nem tartozik. A veszélyt tehát a conductor viseli. Ha a mű átadásánál lehetetlenülését vis maior okozta, akkor a vállalkozó a bért követelheti, de csak az esetben, ha a vis maior a művet már oly állapotban érte, a melyben átadható és átvétele meg nem tagadható lett volna.

A veszély viselése tekintetében tehát nagy a különbség a munka- és műbérszerződés között. Ha napszámra fogadok szabónőt és az két napi munka után megbetegedik, köteles vagyok neki a két napot megfizetni, ha azonban ruhaszám fizetem és ő a ruhát a

két nap alatt be nem végezte, semmit sem kap. Ott a veszélyt a megrendelő, itt a vállalkozó viseli.

A locatio conductio operisnek egyik fontos esete a *tengeri fuvarozás*, a melyre az ú. n. *lex Rhodia de iactu mercium* vonatkozik. Ez azt a szabályt tartalmazza, hogy ha valamely hajóról, melyen több tulajdonosnak az árúja szállittatik, tengervihar, vész idején a kapitány az árúk egy részét, a hajó megmentése czéljából, tengerbe dobja, akkor a veszteséget az érdekeltek közösen viseljék, még pedig a hajó megmentése által őket ért előny arányában. A részkártérítéseket behajtani a magister navium kötelessége, a ki erre a czélra actio conductijét használhatja és a kidobott árú gazdái is csak ő ellene fordulhatnak az actio locativel.

A bérszerződéssel kapcsolatban emlitendő a **receptum cauponum nautarum et stabulariorum**, a mely a rómaiaknál külön pactum volt, ma pedig a szállodással, hajóssal, istállótulajdonossal kötött bérszerződésből folyó dispositiv (helyesebben subsidiarius) szabály, a mely szerint az itt emlitettek a náluk letett dolgot a letevőnek feltétlenül visszaadni kötelesek, hacsak a dolog vis maior vagy a letevő culpájából nem ment tönkre. Ezt a felelősséget a felek kifejezetten mellőzhetik, de csakis a bérszerződés megkötésekor, utólagos vagy a szerződéskötéskor kifejezetten ki nem emelt tiltakozás, pl. szállodai hirdetmény formájában, nem segit. A római jogban a letevőnek külön keresete volt: *actio de recepto*, ma arra szükség nincs.

Itt volna emlithető, mint a bérszerződés különös faja a contractus aestimatorius is, de erről már a mandatummal kapcsolatban volt szó.

154. §. A társaságszerződés.

A societas (*társaságszerződés*) közös vagyoni szolgáltatásban való megegyezése többeknek valamely megengedett közös vagyoni czélra. A societas már a római jogban is consensualis szerződés volt, természetesen ma is az. Visszterhes szerződés, de hogy a többi synallagmatikus szerződésnél a szemben álló feleknek ellentétes czéljaik vannak, addig a societasnál az összes szerződőknek egy a czélja. A szerződés visszterhes volta mellett az bizonyit, hogy A. a közös czélra csak úgy tartozik szolgáltatni, ha B. is teljesit. A czélnak közösnek és a czél elérésére szolgáló eszközöknek vagyoniaknak kell lenniök. A czél közössége és a szolgáltatások egyirányúsága kifejezést nyer az actio nevében, az összes felek actióinak egy a neve: *actio pro socio*.

A közös czél terjedelme szerint megkülönböztetünk

a) *societas omnium bonorum*-ot, a mely a társak összes jelenlegi és jövendő vagyonát foglalja magában;

b) *societas quaestus-t*, *lucri-t*, melynek tárgya a társak szerzeményéből előálló vagyon;

c) *societas negotiationis-t*, valamely specialis üzletkör folytatása;

d) *societas unius rei-t*, egy ügylet kötésére alakult társaság.

A szerint, a mint a sociusok vagyoni hozzájárulása a társak közös tulajdonába megy át vagy csak a használat közös, beszélünk *societas quoad sortem* és *societas quoad usumról.*

A societasnál meg kell különböztetni a belső és a külső jogviszonyt.

Befelé, a társak egymásközti viszonya első sorban a felek megállapodásától függ. Minden socius az igért hozzájárulást teljesíteni, a társaság ügyeit kötelességszerűen intézni, a szerzeményt kiadni és számot adni tartozik. Továbbá oly gondossággal köteles eljárni, a milyennel saját ügyeiben szokott, tehát culpa in concretóért felel, végül a társaságnak pénzeért, melyet a maga czéljaira felhasznált, kamatot kell fizetnie. Ha a felek másban meg nem állapodtak, egyenlő részben tartoznak a társaság czéljaihoz hozzájárulni. In dubio a társaságot ért veszteség és nyereség is egyenlően oszlik meg a társak közt. Azonban az a socius, a ki nagyobb betéttel vagy munkaerővel járul a societashoz, kikötheti magának a veszteségben való kisebb arányú részesedést is, sőt a veszteség alóli teljes mentességet is. A társaságnak culpose okozott kár megtérítése alól azonban még akkor sem mentesül a socius, ha be is bizonyitja, hogy más esetekben a societasnak nagy hasznot hajtott. Ha ellenben őt érte kár, persze saját culpáján kivül, a társaság ügyeinek viselése közben, aránylagos érdektérítést kivánhat társaitól. A sociusoknak egymás ellen e kötelezettségek perbeli érvényesítésére actio pro sociójuk van, a mely actio famosa, de a melylyel szemben a beneficium competentiae kérésének helye van.

A felek, mint mondtuk, maguk határozzák meg a nyereségben és veszteségben való részesedésük nagyságát, a mely in dubio egyenlő. Olyképen azonban nem szabad a feleknek megegyezniök, hogy az egyik társ csak a veszteségben részesedjen, a nyereségben meg nem, az ilyen societas (u. n. *societas leonina*) erkölcstelen, tehát semmis. Nem társ az sem, a ki tőkéjével ugyan hozzájárul a társasághoz, de azért magának a társaság hasznától vagy kárától független kamatot köt ki. Ez hitelező, de nem társ.

Kifelé a római societasnál a legjellemzetesebb az, hogy nem jogi személy, harmadik személyekkel szemben a társaság nem létezik. A tagok sem állanak valami egységgel, a societassal, mint olyannal, hanem csak egy mással szemben. Innen van, hogy a többség a kisebbséget le nem szavazhatja és valamely határozat csak úgy érvényes, ha unisono hozták (172 o.). Innen van, hogy ha a sociusok megegyezni nem tudnak, nem marad más hátra, mint a societast felbontani. Kifelé, az ügyletkötő másik féllel szemben a socius van jogositva és kötelezve, bár a társaság számára köti az ügyletet.

Ez a harmadik csak ez ellen az ügyletkötő socius ellen léphet fel, a többi socius ellen csak akkor, ha a vele szemben álló socius institornak van praeponálva. A mi keresk. jogunk szerint a társak már ex lege egymásnak institorai, a római jogban nem. Ha az institornak kinevezett socius köt ügyletet, pl. vételt, akkor a többi társ ellen az ügyleti actio utiliter mint institoria actio (venditi) indítható és ők ilyenkor in solidum felelősek. Ha azonban a sociusok mind személyesen kötötték az ügyletet, ellenök a directa actio indíttatik, de csak pro rata, hacsak a hitelező a correalitást ki nem kötötte.

A társaság *megszűnik: a)* Bármely fél halálával, hacsak a többi társ a társaság fenmaradásában meg nem egyezett. A societas ius personissimum, ép úgy, mint a mandatum. A meghalt socius örököse tehát még a fenmaradt társaságnak sem lesz tagja. (Ez alól csak a societas vectigalium kivétel.) Megjegyzendő, hogy a társaság nem a fél halála pillanatában szűnik meg, hanem csak akkor, ha a többi erről tudomást nyer. Az elhúnyt társ örököse az örökhagyó megkezdte ügyleteket befejezni köteles, és ebben dolusért és culpa latáért felel. *b)* A halállal egyhatású a capitis deminutio maxima et media (régebben a minima is). *c)* Megszűnik a társaság, ha czélját elérte vagy lehetetlenné válik (ú. n. ex re megszűnés szemben a fenti kettővel, a mely ex persona szűnteti meg a societast). *d)* A társaságot bármely fél fölmondhatja (megszűnés ex voluntate). A szerződési idő előtti ok nélküli, továbbá dolosus és időszerűtlen (intempestative) egyoldalú felmondás azonban nem szünteti meg a társaságot és csak az a hatása, hogy az ilykép felmondó a terheken tovább is részt vesz, de az esetleges nyereségből semmit sem kap. A mi kereskedelmi törvényünk a felmondás eseteit taxative felsorolja, ezt a római jog nem teszi. *e)* A társ nemcsak felmondással, hanem keresetindítással is megszüntetheti a társaságot (ex actione), a mely végül *f) ex egestate* is megszűnik, vagyis, ha akár az összes, akár csak egy tag is, akár csőd, akár confiscatio által egész vagyonát elveszti.

A társaság megszűntekor a közös jogok felosztatnak, a mire már nem az actio pro socio, hanem az actio communi dividundo szolgál.

A társaság a szerződéssel kapcsolatban említendő a *communio incidens*, a melynél szintén közösség származik, de nem a társak szerződése, hanem más tény folytán. Ú. n. quasi contractus, szabályozása hasonló a societaséval. Megszüntetésére az *actio communi dividundo* szolgál. Idevágó keresetek az *actio finium regundorum* és az *actio familiae herciscundae* is. Utóbbiról az örökjogban.

155. §. Egyéb obligatiók.

Az eddig tárgyalt obligatiókon kivül ismeri még a római jog az ex delicto és a quasi ex delicto kötelmeket, aztán a quasi ex

contractu közül még a gyám és gyámolt, az örökös és hagyományos közti kötelmet. Előbbi a család, utóbbi az örökjogban is tárgyalható. A családjogba sorolhatók az ú. n. alimentationalis kötelmek is. Fontosak még azok a kötelmek is, a melyek valamely telek birtokával kapcsolatosak, így a cautio damni infecti, az operis novi nuntiatio, az interdictum quod vi aut clam, a melyek ismerete a közkézen forgó institutio könyvek alapján feltételeztetik.

Itt még csak néhány szót a *condictiones sine causáról*, a melyeket a római jog szintén a quasi ex contractu kötelmek közé sorolt. A condictiók és az ezeken alapuló obligatiók igen sajátszerű természetűek. Úgyszólván biztonsági szellentyűi a magánjognak. Ha valami a magánjog szabályai szerint ment ugyan végbe, de az eredmény még sem kielégitő, akkor lépnek ezek a condictiók működésbe. Én önnek fizetek abban a hiszemben, hogy tartozom vele, később kisül, hogy tévedtem. Kérném vissza a teljesítést, de nincs mivel. Az átadott dolgok tulajdona a traditióval önre átszállt, nekem tehát rei vindicatióm már nincs, aztán önt dolus sem terheli, tehát actio de dolovàl se léphetek fel. Szóval védtelen vagyok, holott a jelenlegi helyzet szemmel láthatólag nem helyes. A mikor már most valakinek semmiféle keresete sincs jogos igénye érvényesítésére, adja meg neki a római jog a sine causa condictiókat. Ezek nem másokkal concurráló actiók, helyük nem mások mellett, hanem mások hiányában van. Ez alól csak egy kivétel van a római jogban: a *condictio furtiva*, a melylyel a rei vindicatio mellett élhet az ember. Ezekkel a keresetpótló condictiókkal azonban nem követelhető az egész kár, a mely valakit sine causa ért a másik előnyére, hanem csak annyi, a mennyi ebből az én károsodásomból a másikhoz eljutott és még most nála van. Nem követelhetem az én egész káromat, de nem is az ő egész gazdagodását, hanem csak az ő jelenlegi gazdagodását, de azt sem az én káromat felülmulólag. Az ő gazdagodása lehet nagyobb, mint az én károm, viszont az én károm is lehet nagyobb, mint az ő gazdagodása, a condictio sine causával azonban csak annyit követelhetek, a mennyire az ő gazdagodása és az én károm egymást fedik. A mennyivel az egyik a másikat felülmulja, azt már nem lehet a condictio sine causával követelni.

A római jog megkülönbözteti a condictio sine causa különféle fajait, de azok csak névleges eltérések (l. különben Kajuch 257—259. l., Vécsey 355—357.).

Örökjog.

I. FEJEZET. AZ ÖRÖKJOG FOGALMA.

156. §. A római örökjog jelentősége.

A római örökjog ránk nézve történeti, dogmatikai és gyakorlati szempontból jelentős.

Történeti szempontból a római örökjog studiuma azért érdekes, mert az a fejlődés, a melyet a római jog általában feltüntet, itt az örökjog terén constatálható legpregnánsabban. Mert míg a forgalmi jog terén gyorsabban változnak az intézmények, hiszen a forgalmi élet nap-nap mellett működik, ideges, addig az örökjog fejlődése lassúbb, nyugodtabb, mert az ember csak egyszer-kétszer vesz részt életében active-passive az örökjogban. Innen van, hogy valamely nép jogának történetében ennek a jogágnak a fejlődése épen lassúságánál fogva tüzetesebben észlelhető, vizsgálható, még a fejlődési rétegek is kimutathatók. Míg a tulajdon, a kötelmek intézményét a legrégibb időben homály fedi, eredetükről, első nyilvánulásukról csak vág sejtelmünk van, addig az, hogy az örökjog milyen volt, egészen éles körvonalakban mutatkozik, hiszen már a legrégibb római emlékben, a 12 táblás törvényben is egész világosan láthatjuk. Az a hármas jogtömeg, a mely a római jogot jellemzi, a régi ius civile, a praetori ius honorarium és a császári jog itt élesen kidomborodik, holott más intézményeknél a határvonalak elmosódottak. Az örökjognál nemcsak nagyjában, hanem részleteiben is ki lehet mutatni az egyes intézmények, a testamentum, az intestat öröklés stb. fejlődését, átalakulását. Érdekes történetileg a római örökjog másodszor azért is, mert bizonyos tekintetben azt lehet mondani, hogy ép úgy, mint minden nép jogának, úgy a római jognak is ez a legjellemzetesebb része. Innen van, hogy a kik a római jog ú. n. szelleméről irtak, mind ezzel foglalkoztak. Gans, a hegelista philosophus jogbölcsészeti tanulmányait: „Das Erbrecht in welthistorischer Entwickelung“ czímen irta meg. Lassalenak „System der erworbenen Rechte“-je is az örökjog philosophiájával és főleg a római örökjoggal foglalkozik. Jelesül két intézmény az, a mely a római örökjogot jellemzi:

a testamentum és az universalis successio. Maine „A jog őskorá"-ban kimutatja, hogy a végrendelet minden népnél római gyökérre vezethető vissza. Tacitus a germánoknál feltünőnek tartja, hogy nullum est testamentum. A magyar végrendelet is római vonásokkal van impregnálva, sőt Indiába is Rómából hozatott be. Hogy a testamentumnak a rómaiaknál miféle szerepe volt, az ma már alig érthető. A XII tábla legsúlyosabb büntetése, ha valakire kimondatott: improbus intestabilisque esto, hogy t. i. végrendeletet nem csinálhat. (Intestabilis azt is jelenti, hogy nem tanúskodhatik, de nem ez a lényeges.) A sacernek, a teljesen jogtalannak, a mit a germánok vogelfreival jelöltek meg, mindig homogen kifejezése: sacer et intestabilis. Horatius satyráiban mondja: is sacer et intestabilis est, Plautus-, Quintilianus-, Ciceronál is megtaláljuk ezt a kifejezést, Ulpianus a carmen famosumra mondja ezt büntetésül. Ez és még sok Lassalenál összegyüjtött forráshely mutatja, hogy a halál utáni gondoskodás a római embernek egyik fő-főgondja és kötelessége. A mi az egyptominak a síremlék, az a rómainak a végrendelet. Ez a ma már nem érthető vonás a római irókból és emlékekből ezerféleképen kimutatható. Persze az ő testamentumuk nemcsak az volt, a mi ma. Ennél egyrészt kevesebb, de másrészt meg sokkal több volt. A római végrendelet nemcsak a vagyonról való gondoskodás volt, nemcsak az készítette, a kinek vagyona volt, a római testamentum ultima testatio mentis, az ember gondolkodásának utolsó, sőt a császárság idején mondhatni első tanújele. Tacitus említi, hogy az emberek a végrendeletet használták fel arra, hogy a császárnak kimondják az igazságot. A rómaiaknak ezt az utolsó és első igazmondást annyira respectálták, hogy mikor a senatus ezt meg akarta tiltani, maga Augustus akadályozta meg ebben. A római végrendeletek csak úgy hemzsegnek az invectiváktól. Innen van az is, hogy a római iurisprudentia a végrendeletre és az örökjogra rendkivüli súlyt vet. Nem véletlen, hogy a digesták legtöbb példája, még a kötelmi jogi részekben is a végrendelettel függ össze. Az örökjog, és itt ismét a végrendelet a római jog főrésze. A római örökjog másik jellemző vonása az universalis successio. Ez ismét eredeti római gondolat, a mely a modern jogokba is a római jogból került. A germán jogok csak a singularis successiót ismerték, az egyes vagyontárgyakba, azoknak egyes tömegeibe más-más személyek succedálnak. Hogy az egész vagyon tartatik össze, az a római jognak a jellemző vonása.

A testamentumban és az universalis successióban van együttal a főrésze a dogmatikai érdekességnek is, a melyet a római örökjognak tulajdonítunk. Az universalis successio szabályozza az állást kifelé az elhúnyt hitelezőivel szemben. Már pedig ez az örökjognak egyik legérdekesebb és legnehezebb része. A testamentum az örökös állását már nemcsak kifelé, hanem befelé is szabályozza. Fontos dogmatikai értéke van a végrendelet értelmezésének is. Az értel-

mezés művészete a jog támasza és talpköve, ezt a művészetet pedig a rómaiak a testamentum tanában fejlesztették ki. Ha Puchtának igaza van abban, hogy a tudomány magva a controversiákban van, akkor az örökjog a római jognak legtudományosabb, mert a legtöbb és legnagyobb controversiákkal saturált része. Az örökjog maga annyi controvers kérdést mutat fel, mint a jog többi része együttvéve.

A római örökjog gyakorlati fontossága abban van, hogy a modern örökjogok a rómainak alig állnak kevésbbé befolyása alatt, mint a jognak az a része, a melyről elismertetik, hogy merőben római, t. i. a kötelmi jog. Az igaz, hogy az intestat öröklés a törvényes örökségi rész rendszere a modern jogokban sok tekintetben eltér a rómaitól, de ezenkivül minden egyéb római. A testamentum fogalma, annak kialkotása, tartalma alakilag a római. A heres és a legatarius, a testamentum- és a codicillus közti különbség, az egész köteles rész tana, az örökös jogállása a legatariussal és a hitelezőkkel szemben mind mai napig a római. És ezért a római örökjog a mai örökjogok forrása és mérték a modern jogok kritikájára.

157. §. Az örökjog fogalma és rendszerbeli állása.

A modern systematika a magánjogot mintegy 100 év óta dologi, kötelmi, család- és örökjogra osztja fel. Megszokták, hogy ezekről mint subiectiv jogokról beszéljenek. Hogy ezeknek a subiectiv jogoknak a karakteristikus tárgya miben áll, arra nézve a nézetek eltérőek, de sehol sem térnek el egymástól annyira, mint abban a kérdésben, hogy a subiectiv örökjog miben áll és hogy viszonylik a többi subiectiv joghoz. Az 50—60-as évekig uralkodó volt az a meghatározás, hogy az örökjog subiectiv jog, melynek tárgya az elhunyt vagyonjogi személyisége. Ezt a definitiót már Hugo Grotius is felállította. Windscheid volt az első, a ki ez ellen a definitio ellen sikra szállt, de azért még ma is kisért. Successio in personam defuncti, ez volt a meghatározás, és ez még a legújabb könyvekben, igy Sohmnál is található. Pedig ez csak poesis. Az ember személyisége annyit tesz, mint az ő jogképessége. Ez pedig az ember születésével kezdődik, halálával bevégződik, abba belelépni nem lehet. Leibnitz skatulyatheoriája szerint persze mi mindnyájan Ádám személyiségébe léptünk, mert anima est immortalis. Ez képlet, a melyet az sem tesz realissá, ha a személyiségbe lépés helyett azt mondjuk, hogy az elhunyt vagyonjogi személyiségébe lépünk. Vagyonjogi személyiség aequale vagyonjogi jogképesség. Egyszerűen személyiség alatt is ezt kell értenünk, mert hiszen az természetes, hogy az örökös nem eadem persona, nem férje az özvegynek, nem apja az árváknak. A források in locum defuncti lépésről beszélnek, a mi körülbelül ugyanaz a képlet. Képlettel azonban magyarázni nem lehet.

Windscheid a maga részéről azt a definitiót állítja fel, hogy

az örökös jogot szerez az örökhagyó *vagyonára, mint egészre*, és ez a mai napig uralkodó felfogás. A német polgári törvénykönyv is úgy beszél: in das Vermögen als Ganzes, Teleszky javaslatának szóhasználata is ez volt. De ha alaposan szemügyre veszszük, ez sem nagy haladás. E szerint az örökösnek eddigi jogain kivül volna még joga az elhunyt vagyonára mint egészre. Ha mi tehát az egyes jogokat, a melyek az örökösre átmentek, leltároznók, akkor az öröklött sétaboton való tulajdonjog, az átszállt követelési jogokon stb. kivül külön jogot kellene felvennünk az elhunyt vagyonára, mint egészre is. Ezt pedig nem lehet. Vagy azt kell mondanunk, hogy az örökösé az elhunyt vagyona, mint egész, de akkor nem lehet mondani, hogy az egyes jogok az övéi, vagy az egyes jogokat nyeri, de akkor nem beszélhetünk jogról a vagyonra, mint egészre. Az örökösnek és abban mindnyájan megegyeznek, nincsen kétféle vagyona, az ő régi vagyona és az öröklött vagyon, az öröklött vagyon, ezt mind elismerik, beolvad az övébe. De ha így, akkor nem lehet mondani, hogy az örökösnek, a ki ép az által örökös, hogy a hagyatéki vagyon megszünik és az övébe olvad, joga volna arra a vagyonra, a mely megszünt.

Hogy mi tehát a tárgya a subiectiv örökjognak, erre sem a régi theoria, sem a Windscheidé nem ad kielégitő feleletet. De már maga az a kérdés is, hogy mit értünk örökjog alatt subiectiv értelemben, rendkivül vitás. Értünk alatta többfélét. (54. l.) Értjük alatta először is a közbeszédben azt a kilátást, hogy valamikor esetleg örökölni fogok. Igy azt mondjuk pl., hogy a gyermeknek örökjoga van az apja után. Jogilag persze ez nem örökjog. Jogilag a gyermeknek csak lesz örökjoga, ha majd az apa meghal. Ez a szóhasználat tehát helytelen. Értik másodszor örökjog alatt a ius succedendit, vagy más kifejezéssel a ius acquirendit, ius hereditatis adeundit stb. Ilyen értelemben örökjog az a lehetőség, hogy valaki, ha akarja, most már örökös lehet. Ez a helyzet, hogy rajta áll, tisztán egyoldalú nyilatkozat által az örökséget elfogadni, ez az örökjognak gyakori értelme. Az bizonyos, hogy ez a positio gyakran igen értékes, ez fix jogi helyzet, a mely bizonyos határokon belül még successiónak is lehet tárgya. Ha a delatus meghalt, mielőtt az örökség elfogadásáról nyilatkozott volna, bizonyos körön belül ez a delatio, ez az elfogadási lehetőség transmittálódik az ő örököseire is. Ez igaz. De hogy ezt subiectiv jognak nevezhetjük-e, hogy az örökjog különösen ebben, főképen ebben, vagy kizárólagosan ebben állana, az már más kérdés. Csak ebben nem állhat a subiectiv örökjog, mert vannak személyek, a kik örökösök, a kiknek örökjoguk van a nélkül, hogy az ő számukra ilyen értelmű örökjog előállt volna, a kik örökösök, akár akarják, akár nem. Ezek az ú. n. necessarius örökösök. Ezek a legerősebb örökösök, pedig nincs iusuk ad succedendum, az örökhagyó halálával ipso facto rájuk száll az örökség. De még a heres voluntarii-nél, a kik a számukra megnyilt, a nekik deferált örökséget csak úgy kapják meg, ha

elfogadják, sem lehet ezt a positiót, a megszerzési lehetőség helyzetét a subiectiv örökjognak venni. Ilyen megszerzési lehetőségek, ilyen positiók a jog más területén is vannak. Mindenki lehet abban a helyzetben, hogy res nulliust occupáljon. Mindenki a res nulliussal szemben abban a helyzetben van, a melyben a delatus van az egész hagyatékkal szemben. Mért nem mondjuk tehát, hogy mindenkinek occupationalis joga van. Vagy szerződéskötésnél, az ajánlattal szemben szintén oly helyzetben vagyok, hogy csak tőlem függ, hogy az elfogadom szóval jogot szerezzek. A megajánlott személy, az oblatus ugyanolyan helyzetben van, mint az örökjog terén a delatus. Neki szerzési lehetősége van, a mely azelőtt nem volt meg s a mely rajta kivül másnak nincs. Mindazonáltal mi mégsem beszélünk a megajánlott személy elfogadási jogáról, mint külön subiectiv jogról. Már pedig, ha az örökség elfogadhatását külön subiectiv jognak veszszük, a mint teszi Köppen strassburgi tanár és Brinz is az ő pandektáiban, akkor ezeket az eseteket is annak kellene vennünk. Ott sem teszszük, itt sem tehetjük. Ellenünk lehetne azonban vetni, hogy hát akkor hogy vagyunk a halászati és a vadászati joggal. Vajjon ez abban áll-e, hogy az összes vad, a mely az illető területen van, a tulajdonom? Nem, mert hiszen a szabad vad res nullius, senkié. Miben áll tehát vadászati subiectiv jogom arra a vadra? Semmiben, nekem a vadra egyáltalában nincs subiectiv jogom, nekem csak kizárólagos jogom van vadászni, halászni, nekem tilalmi, negativ jogom van, hogy ott senki se vadászszon, halászszon azon a területen. A vadra magára semmi jogom sincs, míg nem occupálom.*) Örökjog alatt harmadszor a 3) qualitást, mint Unger mondja: das Erbe sein, értik. E szerint az örökjog ép oly statusjog, mint az, hogy én X.-nek apja vagy férje vagy gyermeke vagyok. Szóval az, hogy én örökös vagyok, e szerint személyes minőségnek a kifejezése. Annyi tény, hogy a hereditatis petitio a per eminentiam örökjogi perben első sorban arra megy, hogy felperes örökösnek elismertessék. Csakhogy a tulajdoni perben is az a petitum, hogy a biró felperest elismerje tulajdonosnak, de azért a tulajdonjog még sem statusjog, és ép oly kevéssé statusjog az, hogy én A.-nak az örököse vagyok. Azután még annak az elismerése, az az öntudat, hogy én a lónak vevője, tulajdonosa vagyok, vagy hogy én örökös vagyok, ez maga subiectiv jog nem lehet, ebben a tudatban nem háborithat senki, ez védelemre nem alkalmas és védelemre nem szorul. Az inane nomen heredisre, mint a rómaiak mondják, a mai jogban fabatkát sem adnak.

---

*) A 236. lap 12. sorában félreérthetően az van, hogy a vadászati jog nem abban a lehetőségben áll, hogy occupatióval a vad tulajdonát megszerezzük. Ez úgy értendő, hogy míg perceptio által csak az usufructuarius szerzi meg a gyümölcs tulajdonát, más hiába percipiálja, addig a halászatnál nemcsak a halászati jog alanya nyeri az occupatióval a vad tulajdonát, hanem más is. Ugyanott (25. sor) az actio furti a condictióval fel van cserélve.

Ertik negyedszer subiectiv örökjog alatt az örökösnek a positióját az egész hagyatékkal szemben, az örökösnek a jogát magára a hagyatékra, a hagyatéki vagyonra. Értetik tehát az a jogi állás, a melyet az örökös nyer, tehát mindazok a hatalmi lehetőségek a melyeket neki a hagyaték nyujt. *Ius heredis*, *hereditarium* az a kifejezés, a melyet erre az értelemre használnak. Csakhogy az örökös, a ki az örökséget elfogadta, valójában nem egy jogot nyert a hagyatékra, hanem nyerte mindazokat a jogokat, a melyek a hagyatékban vannak, ezeken kivül pedig nem nyert semmit. Két alternativa között választhatunk. Vagy azt kell mondanunk, hogy az örökös nem az egyes jogokat örökli, hanem valami sui generis jogot, a melyet örökjognak nevezünk, és a melynek tárgya más, mint az egyes jogok, vagy pedig azt az álláspontot kell elfoglalnunk, hogy az örökös az elhunytnak összes jogait és kötelezettségeit nyeri el. Az első feltevésnek ellentmond a valóság, nem marad tehát más hátra, mint annak elismerése, hogy ilyen sui generis, új jog számára hely nincs. Az örökösnek, qua olyannak, csak azok a jogai vannak meg, a melyek már az elhunytnak megvoltak. De ha így, akkor az örökjognak nincs tartalma, akkor az örökjog nem tartalma által különbözik a többi jogtól. Az örökjog nem egyéb, mint az a szerzési tényalap, a melynél fogva az örökös azokat a jogokat nyeri, a melyek már az örökhagyónak megvoltak. Az öröklés csak titulus, de nem jog, és ha az öröklési keresetet megindítom, akkor nem sui generis más jogot érvényesítek, hanem örökhagyóm jogait. A hereditatis petitio a rei vindicatiótól nem tartalmában, hanem titulusában különbözik. Hogy ez a római felfogás, mutatja Gaius és Iustinianus berendezése. Miután az institutiók második könyvének első 9 titulusában az egyes jogok singularis acquisitiójáról beszél, a 10. titulusban az universalis successiókra tér át. Ilyen először az öröklés (II. 10—III. 9.), (III. 11.) azután az arrogatio (III. 10.), az addictio bonorum libertatis causa, a bonorum emptio (III. 12.) és a SC. Claudianum (III. 12.) esete. Az arrogatio (sui iuris embernek gyermekkéfogadása) esetén az arrogatorra az arrogáltnak összes jogai és kötelezettségei átszállnak. (A iure civili megszünt kötelmek is átszállnak iure honorario.) Az universalis successiónak másik esete, hogy ha az örökös az örökséget elfogadni nem akarja, a végrendeletben felszabadított rabszolgák, felszabadulásuk érdekében kérhetik a hagyatéknak, vagyis az örökhagyó összes jogainak és kötelezettségeinek, az ő kezükhöz való odaitélését. A bonorum emptor az, a ki valakinek összes jogait és kötelezettségeit megveszi, a ki tehát az eladást szenvedettnek universalis successora. (Perelhet az actio Serviana-val, qua agit se fictum heredem esse.) Milyen joga van ennek a bonorum emptornak? Megvannak mindazok a jogok és kötelezettségek, a melyek eddig a csődbe jutottnak megvoltak, de külön subiectiv joga nincs. Az universalis successiónak Iustinianusnál említett utolsó esete a

SC. Claudianum, a mely szerint valamely rabszolgával ismételve fajtalankodó szabad nő elveszti vagyonát a rabszolga gazdája javára. Ez tehát megnyeri a nő összes jogait és kötelezettségeit, de külön subiectiv jogot nem nyer.

Az öröklés csak titulus, de nem külön subiectiv jog. Ez a mi nézetünk, de nem ez az uralkodó felfogás. Az uralkodó nézet az, hogy külön sui generis örökjog van, a mely tartalmilag más valami, mint a hagyatékban benn lévő egyes vagyonjogok. Jelesül vannak, mint láttuk, először, a kik azt mondják, hogy az örökjog tartalma az, hogy nekem absolut jogom van az elhunyt személyiségén, vagyonjogi személyiségén, vagy Keller szerint oekonomikus személyiségén. Ennek első képviselője Puchta. Lassale könyvének pedig egyenesen az a tartalma, hogy az öröklés a római halhatatlanság. Szerinte az örökösnek joga van arra, hogy az elhunyt akaratját folytassa. Az elhunyt akarata beleszáll az örökösbe (Leibnitz-theoria). Ennek megfelelően mindenki a maga dolgát iure proprio, a többi dolgokat pedig, mint az örökhagyó képviselője, mint procurator in rem suam birná. (Leibnitz így mondja is.) Mindezekkel szemben a valóság az, hogy az elhunytnak a személyisége nem folytatódik, mert különben mindaz, a mi az örökhagyó személyiségére áll, átszállna az örökösre is, így a jog és cselekvőképesség stb. Ezt azonban a római jog nem tartja. A személyiség átszállásából következtetni nem lehet, ez üres fictio, bár annyira kedvelt, hogy frasisképen ma is élnek vele, így Sohm, Zsögöd és mások.

A második, elterjedtebb nézet, a melyet szintén már érintettünk, azt tartja, hogy az örökösnek miután az örökséget elfogadta új, sui generis joga van, melynek tartalma egy universitas. Joga, még pedig absolut, vagy mint mások (helytelenül) mondják, dologi joga van az elhunytnak vagyonán, mint abstrakt, testetlen dolgon. Régebben ezt úgy fejezték ki, hogy dominium hereditatis-e van. Újabban Pfaff és Hoffmann jeles kommentárjukban az örökjogról szintén ezt védik. Az örökös mindenkivel szemben védett jogot nyer, a melynek tárgya a vagyon mint egész. Ez benne van a német polgári törvénykönyvben is. Ez az uralkodó nézet, a mely súlyt helyez arra, hogy meg kell különböztetni a vagyont mint egészet az egész vagyontól. Az örökös megnyeri az elhunyt vagyonát mint egészet, ha nem is az egész vagyonát. Neki megvan a vagyon mint egész, ha nála semmi sem marad is az inane nomen heredisen kivül. Csakhogy ezt a gondolatformát következetesen keresztülgondolva azt kellene mondani, hogy nekem vannak tulajdonjogaim stb., követeléseim stb., és ha most örökölök, akkor ezekhez hozzájárul az új absolut jog az elhunyt vagyonán, mint egészen. Van tehát két vagyonom: a saját vagyonom, a mely nekem mint egész nincs meg, mert hiszen a saját vagyonomom nincsen sui generis jogom és van ezenfelül absolut jogom az örökölt vagyonon, mint egészen. De hát miért nincs külön absolut jogom a saját vagyonomom, mint

egészen, ha van az öröklött vagyonon? A saját vagyonom kevésbbé az enyém, mint az öröklött? Ez az uralkodó theoria ellen az első ellenvetés. Másodszor pedig, ha öröklök, akkor nekem nem két, hanem csak egy vagyonom van, mert az öröklött vagyon confundál régi vagyonomba, különállása per confusionem megszünik. Ha pedig így, akkor nincs meg ez a külön vagyon, a mely mint egész a jog tárgya lehetne. A források nem is azt mondják, hogy az örökös in universum lép, hanem per universum, nem egyes actusokkal nyeri el az örökhagyó összes jogait és kötelezettségeit. Arra az eredményre jutottunk tehát, hogy úgy beszélni, hogy a hereditatis petitióval nem a hagyatéki lovat stb., hanem a vagyont mint egészet követelem, szintén metaphysikus valami. Helypótlója ez oly igazságnak, a mely végig nincs gondolva. Mert a józan igazság az, hogy az örökös megszerzi az elhunytnak mindazon jogait és kötelezettségeit, melyek az örökhagyó halálával meg nem szünnek vagy rajta kívül másra nem szállanak. Windscheid, a ki pandektái első kötetében ezt a megczáfolt nézetet képviseli, hogy t. i. az örökjog tárgya a vagyon, mint testetlen dolog, a harmadik az örökjogról szóló kötetben ezt a nézetet visszavonja. Ő így fejezi ki az örökjogot: Die rechtliche Stellung, in welcher sich der Erbe befindet, kann man Erbrecht nennen. Az a positio tehát, hogy ő succedált azokba a bizonyos jogokba és tartozásokba, volna az örökjog. Ez azonban a jog szónak nem technikus értelemben történő használata, itt az örökjog kifejezés csak rövid megjelölése az örökös helyzetének. Noha tehát az örökjog nem sui generis tartalmu jog, nem is jog, hanem csak rövid kifejezése az örökös helyzetének, mi is használni fogjuk. Ha mi tehát az örökjog keletkezéséről, változásáról és megszünéséről beszélünk, akkor ez alatt az örökös jogi helyzetének keletkezését, változását és megszünését kell érteni.

Az örökös helyzetével kapcsolatban praktikus okoknál fogva szokás az ú. n. hagyományi jogot is előadni. Az alkalom ugyanis, a melyből a hagyományi jog praktikussá válik ugyanaz, mint az örökjog praktikussá válásának az alkalma, t. i. valakinek a halála. Mind a kettő capio mortis causa. De ez egy szemponton kivül a hagyománynak az örökléssel együtt tárgyalása mellett más semmi sem szól, sőt minden ellene szól. Míg az öröklés universalis, addig a hagyomány csak singularis titulus. De a két anyagnak kapcsolatos tárgyalása a most uralkodó előadási rendszerekben annyira divó, hogy mi is az örökjog után adjuk a hagyományi jog (jog, lucus a non lucendo) rövid vázlatát.

158. §. Az örökös jogai és kötelességei.

Az örökös jogai és kötelezettségei együtt adják az örökös helyzetét, a helytelenül úgynevezett örökjogot. Örökös szóval itt azt jelöljük, a ki már elfogadta az örökséget. (Örökösnek neveztetik a

közéletben igen zavarólag az is, a ki majd valakinek a halála után örökölni fog, továbbá az is, a kinek az örökség deferálva van, a kin tehát múlik, vajjon elfogadja-e az örökséget vagy sem, végül az is, a kit mi itt annak mondunk, t. i. a ki az örökséget már elfogadta.) Ennek az örökösnek a helyzete az, hogy azok a vagyonjogok, a melyek az örökhagyó halálával tételes intézkedésnél fogva meg nem szünnek, és a melyek az örökhagyó intézkedésénél fogva sem szállnak át közvetlenül másokra, mindezek a jogok átszállanak az örökösre. De nemcsak a subjectiv jogok szállnak át, a melyek már azok, hanem bizonyos jogi positiók is, a melyek subiectiv jogoknak még nem nevezhetők. Pl. a condicio usucapiendi. Az örökhagyó meg- és átvett oly dolgot, a mely nem volt az eladóé. Ezzel az átvétellel tudvalevőleg tulajdont nem szerzett, de 3 év alatt a dolgot elbirtokolja. Két év mulva azonban meghal, a mivel, mint tanultuk, az elbirtoklás meg nem szakad, hanem az örökösnél folytatódik. Itt nem lehet mondani, hogy a tulajdonjog száll át az örökösre, hanem csak a lehetőség az elbirtoklásra száll át, successio in usucapionem történik. Hasonló az eset, ha feltétel alatt szerzett jog száll át az örökösre. Nem lehet mondani, hogy az örökös már a jogot szerzi, ő csak azt a függő helyzetet szerzi meg, hogy esetleg megszerzi a jogot, esetleg nem. Az örökösre tehát úgy lehet mondani, az összes activ jogviszonyok átszállanak, a melyekben az örökhagyó állott, kivételével azoknak, a melyek az örökhagyó halálával megszünnek. Nem az összes jogok transmissibilisek, vannak ú. n. legszemélyesebb jogok, a melyek intransmissibilisek. Ezeket itt egyenként kimeríteni nem lehet, maguknál az egyes jogoknál szokás meghatározni, átszállithatók-e vagy sem. Ott láttuk, hogy vannak át nem szállitható dologi jogok, pl. a személyes szolgalmak, ép úgy, mint kötelmiek, pl. az actiones vindictam spirantes. Ez utóbbiak olyan obligatiók, a melyek nem tartalmuk által vannak specificálva, hanem céljuk által, a mely abból áll, hogy a felperes moralis satisfactiót kapjon. Ilyen az actio de calumniis, az actio de effusis et deiectis, az actio iniuriarium, a querela inofficiosi testamenti. Elégtételadásnak, moralis satisfactiónak csak a sértettel szemben van értelme, ha ez meghal, sértett hiján elégtételnek sincs helye. Nem transmissibilis, továbbá maga a delationalis helyzet sem. Az a helyzet, hogy az örökség nekem deferálva van, velem együtt megszünik. Ha A.-t kinevezem örökösül, de ő is meghal, mielőtt az örökség el- vagy el nem fogadásáról nyilatkozott volna, akkor ez a helyzet az A. örököseire nem száll át, nekik az örökség nem deferáltatik. Intransmissibilisek a személyes privilegiumok is. Ilyenek továbbá az olyan követelések is, melyeknek már tárgyuk olyan, hogy csak bizonyos személynek szolgáltatandók, pl. tanitási vagy cselédviszony. Ezek többnyire vagy igen sokszor csak bizonyos személynek javára állnak fenn, ép úgy mint passive is csak bizonyos személyt terhelnek. Nem száll át

továbbá a birtok sem. Azok, a kik, mint mi is a birtokot jognak mondják, át nem örökíthető jognak, személyhez fűződőnek kell mondaniok, holott azok, a kik a birtokot csak physikai helyzetnek nézik, az át nem örökíthetőséget magától értetődőnek adják elő. Azt, hogy a birtok át nem száll, a források expressis verbis mondják. Ha a hagyatékból valamely dolga, a mely az elhunyt birtokában volt, másnak birtokába kerül, az örökös ettől a mástól a dolgot önhatalmúlag el nem veheti, a mit pedig megtehetne, ha az elhunyt birtokjoga rá átszállt volna. Hogy ez praktikus-e, ez már más kérdés. Az újabb törvényhozások közt néhány a római joggal szakítva átszállítja a birtokjogot is. Így teszi a német polg. tk. is, a mi javaslatunk is.

A törvény erejénél fogva az elhunyt halálával megszűnő és a per legatum másra átszálló jogokon kivül minden egyéb jog az örökösre száll át. Némely jog azonban úgy száll át az örökösre, hogy per confusionem mindjárt meg is szünik. Az örökös tartozása az elhunyttal szemben, ennek biztosítására adott zálogjog, az elhunyt szolgalma örökös dolgán, átszállnak az örökösre, de az által, hogy átszállnak, mindjárt meg is szünnek.

Az örökös jogainak tanánál sokkal nehezebb az a tan. a mely az örökös kötelességeivel foglalkozik. Az örökösre tudvalevőleg az elhunytnak nemcsak jogai, hanem kötelezettségei is átszállanak. Ezek az igazi örökösi kötelezettségek. De az örökösöknek kötelezettségei nemcsak ezek, hanem vannak oly kötelezettségei is, a melyek az elhúnytat nem terhelték, a melyek az örökösi minőségből folynak pl. a hagyományok, ezek az örökös személyében keletkező tartozások. Hasonlóan az örököst terhelő modus is. Ezektől a végrendelet esetében előforduló kötelezettségektől eltekintve vannak olyanok is, a melyek ex lege keletkeznek, pl. a temetéssel, a leltározással járó kiadások megtérítése. Mindezek a tartozások nem az örökhagyótól szállnak rá az örökösre, hanem az ő személyében jönnek létre. Az örökös kötelezettségei tehát két csoportba oszthatók: az örökhagyótól átszállt tartozások és olyanok, a melyek az örökösnél in sua persona keletkeznek.

Az első kérdés tehát, mennyiben felel az örökös az örökhagyó hitelezőivel szemben? Valamint az örökhagyó jogai szabály szerint áthárulnak az örökösre, úgy szabály szerint a tartozások is átszállnak. Hiszen az egész öröklésnek később az a főczélja, hogy az elhunyt hitelezőinek legyen valakijök, a ki ellen fordulhassanak, a ki régi adósuk helyébe lép. De a mint vannak legszemélyesebb jogok, a melyek az örökösre át nem szállnak, úgy vannak ilyen kötelezettségek is. Ilyenek először az obligationes (római nyelven actiones) poenales. Obligatiók, melyeknek czélja egyik oldalon satisfactiót nyujtani valami sértésért, a másik oldalon pedig malummal való sújtás. In poenam nulla successio est, in poenam heres non succedit. A delictumból eredő actio poenalistól

meg kell különböztetni az abból származó rei persecutorius kártérítési kötelmet. Ha valaki ellenem delictumot követ el, ennek első sorban az a következménye, hogy a kárt helyre kell állítania, és csak másodsorban keletkezik a birság kötelme. Ez utóbbi a delictumot elkövető halálával megszünik, a kártérítési kötelem nem, ez átszáll az örökösre, mert ennek nem az a czélja, hogy malo infligatur, hanem hogy a kárt megtéritse. A rómaiak nem így fogták fel. A római juristák az ex delicto származó kártérítési kötelmet is úgy fogták fel, mintha poenalis volna. A rómaiak szerint ez is megszünik a delinquáló halálával, hacsak a delictum által a delinquáló vagyona nem gyarapodott. Így az actio doli, az actio quod metus causa, az interdictum de vi, a rei vindicatio a fictus possessor ellen, a melyek mind rei persecutoriae actiones ex delicto, római felfogás szerint legszemélyesebbek és így csak annyiban szállanak át az örökös ellen, a mennyiben a hagyaték és így tehát az örökös is gazdagodott. Arra a kérdésre tehát, hogy az obligationes ex delicto mennyiben szállanak át, felelet az, hogy az obligationes poenales feltétlenül megszünnek, az obligationes rei persecutoriae pedig csak annyiban szállanak át, quantum ad heredem perveni. Ez a római felfogás, a melynek igazságtalansága szembeszökő. A kánonjogi biróságok, a melyek a római jogot a maguk felfogása szerint applicálták, helyreállították a helyes szabályt mondván, hogy az ex delicto actio persecutoria teljesen átszáll a delinquáló örököseire. Ezt a kánonjogi szabályt az olasz glossatorok és postglossatorok praxisa ismét megváltoztatta. Szerintük az örökös az ex delicto kártérítési kötelmekért nemcsak gazdagodása erejéig felel ugyan, de nem is felel korlátlanul, mint azt a kánonjogi szabály tartja, hanem felel a hagyaték erejéig. Azaz, míg minden más obligatióért az örökös a saját zsebéből is felel, addig a kártérítési ex delicto kötelemért csak ad vires hereditatis. Vegyük a következő esetet: A.-nak commodatumba vagy bérbe adom a dolgomat. A. a dolgot dolosusan vagy culposusan tönkre teszi. Ezért ellene kétféle keresetem, még pedig mindkettő kártérítési, támad. Élhetek az actio legis Aquiliaevel, a mely ex delicto származik, és élhetek a contractualis keresettel, az actio commodati directával, illetőleg az actio locatival. A két actio concurrál egymással, a cselekmény, a melyből keletkezik egy, czélja is egy, t. i. kártérítés és mégis különbséget tesz köztük a praxis, a mennyiben az actio legis Aquiliae az örökösökre csak ad vires hereditatis száll át.

Az actiones poenalesen kivül vannak más obligatiók is, a melyek az örökösökre át nem szállnak. Ilyenek a nem helyettesíthető obligatióból származó tartozások. Szinész, tanító, festő szerződése nem köti örököseit is, a tanító örökösétől, még ha tanító is, nem követelhetem és nem is követelem, hogy az elhunyt helyett ő tanítson s i. t.

Ezektől eltekintve, minden más kötelezettség átszáll. Csakhogy

itt is lehetséges, ép úgy mint a jogok átszállásánál, hogy mikor a kötelezettség átszáll, abban a pillanatban egyszersmind per confusionem meg is szünik. Ha a hitelező örökösévé válik az adósnak, akkor a tartozás átszáll ugyan, de mindjárt meg is szünik. Minden más esetben a tartozás átszáll az adóstól az örökösre és ott is marad. Már mostan ezekre az örökösre átszálló és nála meg nem semmisülő tartozások tekintetében mennyiben felel az örökös? Ez rendkivül nehéz kérdés. Complicált de lege lata, nehéz de lege ferenda. A római jogban e kérdésre nézve két korszakot kell megkülönböztetnünk: a Iustinianus előtti és utáni kort. Mert Iustinianusnak erre vonatkozó reformja *a beneficium inventarii* annyira mélyreható volt, hogy az örökösnek nemcsak a jogállása, hanem a karaktere is megváltozott. Iustinianus előtt a szabály az, hogy az örökös a rá átszálló tartozásokért teljesen úgy felel, mint maga az örökhagyó, mintha tehát saját tartozásai volnának. Felel tehát az egész vagyonnal, minthogy pedig az örökösnek csak egy vagyona van, a melybe a hagyaték is beleolvad, a szabály az, hogy az örökös úgy a saját zsebéből, mint a hagyatékból is tartozik az örökhagyó hitelezőit kielégiteni. Iustinianus óta azonban, ha a kellő gondossággal élt, ha az inventariumot felvette, akkor a saját zsebéből nem felel, úgy hogy ő az örökhagyónak csak felszámolója, liquidatora. Az örökös nem lép az örökös helyére, őt nem terhelik az elhunyt kötelezettségei, ő csak legombolitja a hagyatékot, és csak a mi ez után fenmarad, a tiszta activum, lesz az övé.

Arra a kérdésre különben, hogy az örökös az örökhagyó adósságaiért hogy felel, háromféle válasz képzelhető. Az egyik az, hogy felel az egész vagyonnal, beleértve a vagyonba az örökhagyó hagyatékát is. Másodszor képzelhető, hogy csak korlátoltan felel, még pedig a hagyaték erejéig: ad vires hereditatis, obligatióban csak a hagyaték erejéig van. A harmadik megoldás, hogy egyáltalában nem felel, hanem felel maga a hagyaték, ő maga csak liquidálja a hagyatékot. Ez esetben a hitelezők tőle semmit sem követelhetnek, csak azt, hogy oszsza fel köztük a hagyatékot, nem ad vires, hanem cum viribus hereditatis felel. Azt, hogy ő cum viribus hereditatis felel, vagy hogy ő maga nem, hanem csak a hagyaték felel, az ugyanaz. In idea tehát ez a háromféle megoldás képzelhető, és a római jog ismeri is mind a hármat. A principalis megoldás, a melyet a klassikus jog felmutat, a korlátlan felelősség. Az örökös, ha egyszer elfogadta (nem kell, hogy elfoglalta) az örökséget, ép úgy adósa lesz az örökhagyó hitelezőinek, mint a hogy adósuk volt maga az örökhagyó. Ez az álláspont eminenter a hitelező érdekeinek szolgál, mert a mennyiben csak lehető, közömbössé van téve a hitelezőnek, hogy az elhunyt-e az adósuk, vagy más lép-e a nyomába. Egész kétségtelenül kimondják a források, hogy az örökös még akkor is kötelezve van a hitelezőknek, ha a hereditas nem solvens, hanem több benne az adósság, ú. n. hereditas damnosa.

Ezen álláspont mellett az örökös, mielőtt az örökséget elfogadja, ha egész vagyonát koczkáztatni nem akarja, jól meg fogja nézni, nem damnosa-e a hereditas? Ha igen, nem fogadja el. És tényleg a praxisban ez a rendezés nem olyan veszélyes, nem olyan méltánytalan, mint a milyennek látszik. A legtöbb esetben az örökös nem fog ráfizetni a magáéból. Hogy az örökös erről előzetesen meggyőződhessen, bizonyos időre van szüksége, a mely alatt magát az örökség állása felől tájékozhassa. Ebből a czélból megkapja az ú. n. *spatium vagy tempus deliberandit*, a mely a rómaiaknál 9 hónapnál tovább nem szokott terjedni, csak a császár terjesztette ki néha 1 évre. Ez idő alatt kell tájékozást szereznie, hogy mennyi az activum és mennyi a passivum. Ez idő után jelentheti ki azután, hogy az örökséget elfogadja (azt, hogy visszautasítja, nem kell kijelentenie). Hogy szerzi meg azonban az örökös a tájékozást. Per absolutum biztos tájékozást, és ez ebben a rendezésben a veszélyes pont, nem szerezhet. Ő közzéteheti, hogy a hitelezők jelentkezzenek, de ez a hitelezőket nem kötelezi. Ezért a modern törvénykönyvek, a melyek a római jognak ezt az elvi álláspontját elfogadták, segitenek az örökösön a *convocatio creditorum* intézményével. Megadják az örökösnek azt a jogot, hogy a hitelezőket ép úgy, mint a csődeljárásban összehivhassa azzal a sanctióval, hogy ha nem jelentkeznek, a hagyatékból való kielégíttetés jogát elveszitik. Ezt a porosz Landrecht mintájára az új német polgári törvénykönyv is acceptálta, a mi hazai jogunk azonban nem ismeri. Nálunk is összehivhatja az örökösöket, csakhogy ez őket nem kötelezi, a meg nem jelent hitelezők nem praecludáltatnak. A római jogban az örökhagyó védelmére más intézmény volt, t. i. mielőtt az örökséget elfogadta, egyezkedett a hitelezőkkel, de persze csak az előtte ismeretesekkel. Szokásos volt továbbá a mandatum intézménye is, a hitelezők megbizták az örököst, hogy vegye át az örökséget, a minek fejében garantálják, hogy kára nem lesz. Ezek az intézmények azonban mind lyukasak, mert utólag jöhetett eddig nem jelentkezett hitelező és semmivé tehetett mindent. Ez az az állapot, a melyet a római klassikus jog felmutat.

A második képzelhető álláspont az, hogy csak a vires hereditatis, maguk a hagyatéki javak a hitelező kielégitésének substratumai, az örökös nem felel a saját zsebéből, hanem felel a hagyaték, vagy más szóval az örökös a hagyatékkal felel. Ezt az elvet a római jog a *beneficium separationis* által valósitotta meg. Az örökös korlátlan felelőssége a hitelezőnek csak akkor van érdekében, ha az örökös maga vagyonilag jól áll, de már az eladósodott örökösnél a korlátlan felelősség a hitelező helyzetét rosszabbitja. Tegyük fel, hogy a hagyaték activuma 50,000 frt, passivuma pedig 10,000 frt, vagyis a hitelezők magából a hagyatékból teljesen kielégithetők. Ezzel szemben tegyük, hogy az örökös activumai 30,000 frt, passivuma 80,000 frt. Már most az öröklés által a hagyaték az örökös

vagyonába beleolvad, és így 80,000 frt activummal szemben 90,000 frt passivum áll. A hagyatéki hitelezők helyzete tehát a confusio által rosszabbodott. Ezért ilyenkor érdekükben áll, hogy a confusio bonorum be ne álljon, hogy nekik ne az örökös feleljen, hanem maga a hagyaték. Ebből a czélból a praetor már a klassikus időben megadta az örökhagyó hitelezőinek azt a beneficiumot, hogy vagyonelkülönzést kérhessenek. Ma azt mondanók, hogy zárlatot kérnek és az ilyképen zárlatolt vagyon kizárólag az ő kielégitésükre szolgál. Másrészt azonban, ha a hagyaték elegendő nem volna, az örökös ellen nem fordulhatnak, ők csakis a hagyatékhoz tarthatják magukat. A beneficium separationissal tehát lemondanak a confusioval járó előnyről is. Ezt a beneficiumot a praetor csak a hagyatéki hitelezőknek adta meg. A beneficium separationist a hagyatéki hitelezőnek az örökség megszerzésétől számitott 5 éven belül kellett kérnie, de csak akkor, ha az elhunyt adósságai tekintetében az örökössel még semmi pactumot nem kötött, tehát nondum nomen heredis secutus fuit. Sem az örökös, sem az örökös hitelezői nem kérhetik. Pedig ez utóbbiaknak is érdekükben állhat a hagyaték elkülönzése, ha t. i. a hagyaték damnosa, holott az örökös vagyona activ. A modern törvényhozások egy része ezért nekik is megadja, a római jog nem. Ulpianus ezt úgy okolja meg, hogy az örökös hitelezője úgy is el lehet rá készülve, hogy az örökös új adósságokat csináljon, már pedig a damnosa hereditas elfogadásával sem tesz egyebet, mint hogy idegen tartozásokat vállal el.

A harmadik megoldási mód az, hogy az örökös az elhunyt adósságaiért az egész vagyonnal felel, de nem korlátlanul, hanem csak azon érték erejéig, a melyet a hagyaték képviselt. Ezt a megoldást érvényesiti Iustinianus reformja, a *beneficium inventarii*. Azt mondja Iustinianus, hogy ha az örökös bizonyos időn belül bizonyos módon, bizonyos formaságok megtartásával a hagyatékot leltározza, akkor az örökhagyó hitelezői ellene fordulhatnak ugyan, de nem korlátlanul, hanem csak ad vires hereditatis. A separatio bonorum esetében, a mikor az örökös cum viribus hereditatis felel, a hitelező keresetének petituma csak az lehet, hogy a végrehajtás a hagyatékra, pl. a házra vezettessék, a leltározás esetében már az, hogy az örökös fizessen, csakhogy ez ellen ennek meg az a kifogása van meg, hogy fizet ugyan, de a követelés a hagyatékot, tehát a ház értékét meghaladja, tehát csak annyit fizetek, a mennyi a ház értéke. Iustinianusnak ez a reformja végső pontja annak a lánczolatnak, a mely már a császárság idejében kezdődött. Már Hadrianus és Gordianus császárok bocsátottak ki constitutiokat, a melyeknek az az értelmök, hogy ha az örökség elfogadása után oly hitelezők állanak elő, a melyekről az örökös nem tudhatott, akkor utólagosan szaladhat az örökségtől, in integrum restitutiót kérhet. Iustinianus ezt a fejlődést teljes következetességgel befejezi, mondván, hogy az örökös semmi esetre se legyen köteles többet fizetni, mint a mennyi

rámaradt, nem is kell in integrum restitutiót kérnie, csak az iránt kell gondoskodnia, hogy mindenkivel szemben bebizonyíthassa, hogy mennyi maradt rá. Ezt a bizonyítási eszközt formához köti a császár, és ez a forma a leltár. Egy hónapon belül az után, hogy tudomást szerzett arról, hogy az örökség rá megnyilott, meg kell kezdenie a leltározást. A rövid terminus igen természetes, mert, hogy a leltár hű legyen, hamar kell hozzáfogni. További két hó alatt be is kell fejeznie. Ez a leltározási idő valóságos kimélési idő az örökös javára, mert addig az örökség el- vagy el nem fogadásáról nem kell nyilatkoznia. Ha kellő időben és a maga módja szerint megcsinálja a leltárt, akkor az eredmény az, hogy az örökös nem más, mint a hagyatéknak liquidatora, a maga zsebéből nem fog fizetni. E mellett a beneficium mellett el van érve, hogy az örökség elfogadásával járó risiko kisebb és így biztosabb az elfogadás is. Biztosítva van a hitelező az ellen, hogy a hagyaték uratlan maradjon, a mi mint Gaius mondja, a régi időben gyakori volt. Most azonban felmerül a kérdés, vajjon ily módon még mindig universalis successio-e az öröklés? Nem lehet-e mondani, hogy már nem az, mert az örökös a kötelezettségeket csak korlátoltan veszi át? Nem, az öröklés továbbá is universalis successio, mert ez csak abban áll, hogy uno ictu szálljanak át az összes jogok és kötelezettségek, még ha megnyirbálva is. Az universalis successio nem in universitatem, hanem per universitatem successio. Ilyen eset az arrogatio esete is. Az arrogator a ius civile szerint az arrogatus kötelezettségét egyáltalában nem veszi át, úgy, hogy ius civile szerint ez nem is universalis successio, hanem csak universalis acquisitio. De már a praetori jog az arrogatiót universalis successióvá teszi, bár az arrogator ekkor is csak korlátoltan, az arrogator vagyona erejéig felel a kötelezettségekért. Más példa a bonorum emptio. A bonorum emptor is universalis successor, pedig ő a passivákat csak azon bizonyos % erejéig veszi át, a melyet az árverésen igért. A korlátolt felelősség tehát ismételten vele jár a római joggal. Az örökös tehát a beneficium inventarii igénybe vétele esetén is universalis successor.

Iustinianusnak 531-ben kiadott constitutiója óta kétféle örököst kell megkülönböztetni: olyat, a ki leltárt csinált és olyat, a ki nem csinált, heres cum et sine beneficio inventarii. A beneficiumot nem kell kérnie az örökösnek, neki meg kell csinálnia a leltárt, ha t. i. akarja, de kérnie nem kell. Ez a jog minden örököst megillet. Ha leltárt nem csinált, akkor állása még rosszabb, mint hajdanában volt, rosszabb a hagyományok tekintetében. Ha pedig megcsinálja a leltárt, akkor az örökös jogállása ez: Első és leglényegesebb, azaz legfontosabb kriteriuma az örökösnek az, hogy a confusio bonorum voltaképen be sem áll. A confusio főismérve az volt, hogy az örökhagyó és az örökös közt fennállott jogok és kötelezettségek megszüntek. Ez a leltározás esetében nem áll, az örökhagyó jogai és kötelezettségei a hagyatékkal szemben fenmaradnak, mintha a con-

fusio be sem állt volna. Ha én a hagyaték erejéig felelek, akkor hozzátartozik az a 10,000 frt is, a mivel én tartoztam a hagyatéknak, viszont az én követelésem is fenmarad irányában. A leltározás második hatása az, hogy minthogy a leltár készítésének a czélja az, hogy az örökös tájékozást szerezzen magának a hagyatékból, a leltározás alatt kimélési idő van az ő irányában, addig perelni nem lehet. Ez a kimélési idő legfeljebb három hóig tarthat. Ez elkerülhetetlen intézkedés, a melyet az újabb törvényhozások mind acceptáltak. Ha a leltárt megcsinálta, köteles az örökséget elfogadni. A határidő leteltével jogosítva van az adósok ellen fordulni, másrészt még kötelezve van a tartozásokat kifizetni. Ezzel azonban nehéz problema áll elő. Míg Iustinianus előtt az örökös egész vagyonával felelt, nem merülhetett fel az a kérdés, hogy milyen sorrendben elégítse ki a hitelezőket. Már a beneficium inventarii folytán a hitelezők csak abból kérhetnek kielégitést, a mi rá maradt, csak fix összeghez tarthatják magukat. Ha ez a fix összeg egyszer ki van merítve, a ki ne nem elégitett hitelezők számára a kielégítési alap örökre elveszett. Ezért fontos kérdés, hogy hogy elégitse ki az örökös a hitelezőket? A méltányos eljárás az volna, hogy ép úgy mint ma a csődnél, a követelések aránylagosan elégíttessenek ki. Ez a porosz jog álláspontja, a melyet a német polgári törvénykönyv első javaslata acceptált és nálunk is újabban curiai döntvény praktikussá tett. Csakhogy arra, hogy az örökös ilyen csődelvek szerint oszsza fel a hagyatékot, először is az kell, hogy az ilyen eljárást ismerje és hogy működését a kellő sanctióval ellássuk. Ha többet adna az egyik hitelezőnek, ezért saját vagyonával szavatolna. Ilyképen annyi csődtömeggondnok volna, a hány örökös. Már pedig ez igen komplikált jogi és kereskedelmi ügyességet megkivánó eljárás. Az örököstől nem lehet megkivánni, hogy ennek a tisztnek megfeleljen. Az örökös ettől való félelmében nem fogja elfogadni az örökséget vagy ha elfogadja, túlságos óvatosságból csődöt fog kérni, már pedig az igazi csődnek az eredménye az, hogy a hitelezők semmit sem kapnak. A római jog nem is ezt az álláspontot foglalja el, hanem azt mondja, hogy az örökös jogosítva van a hitelezőket, sőt a hagyományosokat is kifizetni, a mint egymásután jelentkeznek. A római jog csak annyit kiván meg, hogy az örökös bona fide járjon el. Utólagosan a leltározás után jelentkező hitelezőket is, ha követeléseik esedékesek, úgy fizeti, a mint jelentkeznek. Csak bizonyos tételekre nézve állapít meg a római jog elsőbbséget. Ilyenek a temetési, a leltározási s általában a végrendelet publicatiójával járó költségek, továbbá a felszámolással járó követelések. Ezek az ú. n. előnyös tételek. Ha ezek számára az örökös elegendőt vissza nem tartott, akkor a sajátjából kell kielégitenie. Ezeket még akkor is a sajátjából kell kielégitenie, ha a hereditas teljesen damnosa. Ezeken a nem nagy összegű előnyös tételeken kivül a hitelezőket és hagyományosokat abban a sor-

rendben fizeti, a mint jelentkeznek. Ez azonban csak az örökösre áll, egymás közt a hagyományosoknak és hitelezőknek regressusuk van. Egymással szemben bizonyos rangfokozatban állanak. Vannak ú. n. privilegizált hitelezők, még pedig vagy törvénynél fogva vagy pedig zálogjog által biztositva. Ezek előnyösebb hitelezők, szemben a többi, közönséges, chyrographarius hitelezőkkel. Az örökös semmi tekintettel sincs ezekre a rangfokozatokra, ő úgy elégiti ki őket, a mint egymás után jönnek. Már a hitelezők egymás közt tisztázhatják a helyzetet. Ha a nem privilegizált hitelező kap kielégitést, a privilegizált meg nem, akkor ez utóbbi az örökös ellen nem fordulhat, de fordulhat a kielégitést nyert nem privilegizált hitelező ellen. A hagyományos gyengébb hitelező a hagyatékinál, de azért az örökös jogositva van a hagyományost kifizetni, ha ez előbb jelentkezett, csakhogy a hitelező azt, a mit a hagyományos kapott, külön perben elperelheti. Vagyis a római jog azt a rangsorozatot, a melyet pl. a porosz törvény az örökösre biz, az örökös vállairól leveszi és a hitelezőkre bizza, hogy ők tisztázzák maguk közt ezt a kérdést.

Ebben áll nagyjában a leltározás joghatása. E mellett az örökösnek egészen más az állása, mint a klassikus jogban. Ez az állása az örökösnek nagyjában nem más, mint hogy ő a hagyatéki vagyon felszámolója. Ez azonban nem egészen igaz, nem épen a hagyatéki vagyonnak a felszámolója, mert ő nem cum viribus hereditatis elégiti ki a hitelezőket, hanem a saját vagyonából, persze csak ad vires hereditatis: ő csak azt az értéket osztja fel, a mely rája szállt.

Ez az itt leirt joghatás csak akkor áll be, ha az örökös kellő időben, kellő módon csinálja meg a leltárt. Megkezdi a delatio hereditatis tudomásulvétele után 30, befejezi 90 napon belül. Hogy milyen módon menjen végbe a leltározás, szintén igen nehéz kérdés. A leltárnak a legnagyobb garantiát kell nyújtania, hogy az örökös ne sikkaszthasson. Világos, hogy a közszemély, biróság vagy más hatóság készitette leltárnak nagyobb authenticitása van, mint a magánleltárnak. Csakhogy ez csak prima facie van igy. A praxis azt mutatja, hogy a helyszinén megjelenő birósági személy is csak úgy késziti a leltárt, a mint az örökös bemondja neki. A legtöbb esetben kizárólag az örökösnek háza-népe az, a mely a közszemélynek rendelkezésére áll, úgy hogy a közleltár csak drágább, körülményesebb, bár tán formailag áttekinthetőbb, mert a közszemély jobban tudja az okmányt elkésziteni, de ha az örökös valamit el akar hallgatni, elhallgatja a közjegyző előtt ép úgy, mint a saját leltárában. Ott és abban az időben, a mikor a vagyon nagy része ingatlan volt, ott az ilyen veszély nem nagy. Ma azonban a közleltár csak nagy költségeivel különböznék a magánleltártól. A római jog a közleltár álláspontján áll. A szabály ott az, hogy az örökös maga mellé notarius személyt vegyen és

azzal készítse, még pedig tanuk jelenlétében a leltárt, a minél a hitelezők is jelen lehetnek. Nagyobb garantia, mint a személyben, a ki felveszi a leltárt, van abban, hogy a római jog szerint is, a maiak szerint is, az örökös a leltár valósága mellett *manifestationalis, felfedező esküt* tesz le. A római jog szerint a birósági személy megkivánhatja, hogy az örökös esküt tegyen arra, hogy tudtával ezenkivül más activum vagy passivum nincs. Ezzel ma a csődeljárásban is élünk. Ha az örökös irni nem tud, akkor Iustinianus úgy rendelkezik, hogy neve helyet keresztet applikáljon a tanuk aláirása mellé. Innen veszi magát a mai kereszt is.

Mióta a beneficium inventarii életbe lépett, azóta a ius deliberandinek a főfontossága megszünt. Ez tudvalevőleg arra való volt, hogy az örökös meggondolja, elfogadja-e az örökséget. A beneficium deliberandi behozatalával ez szükségtelenné vált. Bátran elfogadhatja mindenki az örökséget, ultra vires úgy sem felel. Ezért Iustinianus a beneficium deliberandi kérdését hátrányos sanctióval látja el. Ha valaki ezzel a beneficiummal élni akar, akkor ám adja meg neki a biró, de ennek már most más czélja nem lehet, mint az, vajjon a régi értelemben akarja-e elfogadni az örökséget. Vagyis, ha elfogadná, akkor sine beneficio inventarii fogadhatja csak el. Tehát vagy kér meggondolási időt, de akkor beneficium inventariije többé nincs, vagy leltárat készít, de akkor nem nyer spatium deliberationist. De még ha a spatium deliberationist kéri is az örökösjelölt, érdekében van leltárat készíteni, nem ugyan, hogy a hitelezőkkel szemben korlátoltan feleljen, hanem a hagyományosokkal szemben lesz jobb a helyzete. Ha a gondolkodási idő elmultával az örökséget el nem fogadja (ekkor már az el nem fogadást kell kijelentenie, ellentétben a klassikus korral, a mikor az elfogadást kellett bejelentenie), nem felel ugyan a hagyatéki hitelezőknek, de minden esetre gyanus személy lesz, mert beleártotta magát a hagyatékba. Ezért Iustinianus azt rendeli, hogy azzal szemben, a ki a spatium deliberandi elteltével a hagyatékról leteszi a kezét, az igazi örökös saját esküjével bizonyithatja, hogy a hagyaték mennyi és a biró csak az esetben élhet mérséklési joggal, ha ez az örökös vagy az erre szintén jogosult hitelezők absurd összegre esküdnének meg. Iustinianus idejében tehát a beneficium deliberandi nagyon veszélyes valami.

Az örökös kötelezettségei másodszor olyanok, a melyek in sua persona keletkeznek. Ilyenek a hagyomány, a fideicomissum, a donatio mortis causa, a sub modo ajándékozás. Ezek nem az örökhagyó tartozásai, hanem az örököséi. (Rövidség okáért az ilyennel juttatott személy hagyományosnak nevezzük.) Milyen tehát az örökös helyzete a hagyományossal szemben. Itt ismét meg kell különböztetni az állapotot Iustinianus előtt és után. Iustinianus előtt, mint láttuk, az örökös a hagyatéki hitelezőknek korlátlanul felel. Ezzel szemben a hagyományosoknak csak korlátoltan, csak ad vires

usque ad vires hereditatis.

hereditatis felel. Ez az alapvető különbség a két osztálybeli hitelező között. A hagyományosokkal szemben az örökös a korlátolási ú. n. levonási kifogással élhetett. Ámde, ha ilykép a klassikus jog idején a hagyományok nem is tehettek ki többet, mint a mennyit az örökség kitett, usque ad vires hereditatis az örökösnek mégis teljesítenie kellett őket, és így esetleg az egész örökséget ki kellett adnia. Úgy hogy az örökösé nem marad más, mint az inane nomen heredis. Lassalle szerint ez az igazi római örökös. A rómaiak azonban, úgy látszik, nem egészen így gondolkoztak, mert az ilyen örökös az örökséget rendesen el nem fogadta. Ezen segitendő a törvényhozás két századon belül három törvényt hozott, a melylyel az örökös számára bizonyos minimalis örökséget akart biztosítani. Első volt a *lex Furia testamentaria*, a mely azt rendelte, hogy rokonoknak a hatodik, és a hetedik fokból a sobrino natusnak kivételével minden más hagyományos csak 1000 ast kaphat, ha pedig többet kapott és fogadott el, a négyszeres visszatérítésével büntetendő. Ezt az intézkedést az örökhagyó úgy játszhatta ki, hogy az örökséget csupa 1000 assos hagyománynyal merítette ki. Ezért a *lex Voconia* ezt megváltoztatja és úgy intézkedik, hogy egy hagyományos sem kaphasson többet, mint a legkevesebbet kapó örökös. Ez a szabály még Gaiusnál is. De ez sem kielégitő, mert kijátszható azzal, hogy az örökhagyó az örökösnek valami csekélységet hagy, a többit hasonló nagyságú hagyományokra osztja fel. Végül 40-ben K. e. a *lex Falcidia* ezen is segít és elrendeli, hogy a hagyaték negyedrésze okvetlenül az örökösé maradjon. Az örökhagyó tehát a hagyatéknak csak $^3/_4$ részét fordíthatja hagyományokra. Ha az örökösnek a maga negyede épen nem maradna, a hagyományosok részéből aránylagosan vonhatja le a maga részét. Ez az ú. n. *quarta Falcidia*, a melyet a SC. Pegasianum a fideicomissumokra, Septimius Severus a donationes mortis causakra és Iustinianus a condicionis implendae causa datumra kiterjesztett. Iustinianus azonban megadta az örökhagyónak azt a jogot, hogy a negyed levonást az örökösnek megtiltsa. Iustinianus még más tekintetben is változtatott. Ha az örökös a beneficium deliberandi igénybevétele után az örökséget vissza nem utasitja, a mi ekkor már az elfogadással egyenlő, akkor az összes hagyományokat egészen, tehát negyed levonás nélkül kell megfizetnie, esetleg a maga zsebéből is, ha ellenben a spatium deliberandi alatt leltárt vesz fel, akkor az örökség vissza nem utasítása esetén a quartat a hagyományokból levonhatja, bár a hagyatéki hitelezőknek ekkor is teljesen felel.

159. §. Az örököstársak viszonya.

I. *Az örököstársak helyzete egymás közt:* Az örököstársak viszonya komplikáltabb az egy örökös helyzeténél, mert helyzetüket nemcsak kifelé, hanem befelé is kell vizsgálni. Ha több örökös

marad az örökhagyó után, akkor elvileg ezek is az örökhagyó összes jogaiba és kötelezettségeibe succedálnak és rájuk is háramolnak az ex sua persona keletkező kötelmek, ők is universalis successorok. Csakhogy distinguálni kell. A jogok és kötelezettségek nem egyformán szállanak át az örökösökre. Itt praktikussá válik az osztható és nem osztható jogok és kötelezettségek tana. Osztható az a jog (rövidség okáért csak erről beszélünk, mert hisz a kötelezettség ennek csak passiv oldala), a mely ha többre száll, ipso facto több jogra oszlik fel. Ha pl. az örökösnek 3000 frtos követelése volt, akkor 3 örökös lévén, a successio pillanatában három 1000 frtos követelés lesz belőle. Ilyenkor beszélünk rész- vagy osztott kötelmekről. Az ilyen osztható jognak főesete a pénzkövetelés és pénztartozás, de lehet más fungibilis dolgokra menő kötelem is. Az osztható követelés (tartozás) tehát annyi partialis követelésre oszlik, a hány az örökös. Más értelemben is beszélünk osztható kötelmekről. A házon, lovon, könyvön való tulajdonjogról szintén azt mondjuk, hogy osztható, de nem azt értjük alatta, hogy az egy tulajdonjogból kettő lesz, hanem egy tulajdonjogból két (már a hány örökös van) condominium lesz. Mindegyik condominiumnak nem a fele, hanem az egész ház a tárgya, mindegyik condominusé a ház eszményi félben, partibus pro indiviso. A két örökös nem kisebb tárgyú tulajdont kap, hanem pro parte dimidia condominus lesz. Ez a különbség a két eset közt. Ha kettőnkre 2000 frtos követelés marad, mindegyikünk egyedüli hitelező lesz 1000 frtos követelésre, ha azonban ház marad ránk, egyikünk sem lesz tulajdonos kisebb pl. fele házra. Itt maga a jog más, a mit kapunk, a tulajdonos joga oszlik meg köztünk quotákban. Társjogosultak leszünk, de quotákban. Képzelhető és van e kettőn kivül harmadik eset is. Ránk, örökösökre szállhat oszthatatlan jog is pl. követelés tiszta facere-re. Itt sem kisebb tartalmú szolgáltatásra nem nyerhetünk jogot, sem eszmei részekben nem lehetünk jogosultak, az oszthatatlan kötelem olyannak marad, a milyen volt, mindketten (ha t. i. ketten vagyunk örökösök) oszthatatlan jogosultak leszünk sajátszerű jogokkal. Mindegyikünk az egészet követelheti, de nem feltétlenül (mert hisz ekkor correalis jogosultak volnánk), hanem csak annak ellenében, hogy cautio adásával biztositja az adóst, hogy a másik örökös nem fog követelni.

Látnivaló, hogy a jogok és kötelezettségek átszállása több örökösre háromféle módon történhetik. Vannak jogok és kötelezettségek, a melyek pro parte pro diviso szállnak át, a melyek a successio pillanatában partialis kötelmekre esnek szét. Ezekről nincs mit mondanunk, mert a társörökösök közti viszony itt mindjárt meg is szűnik. Vannak másodszor jogok és kötelezettségek, a melyek több örökösre quotákban, eszményi részekben szállnak át. Ezek typikus példája a tulajdonjog, az emphyteusis, a superficies, a bonae fidei possessio. A harmadik csoportba pedig azok a jogok és köte-

lezettségek tartoznak, a melyek egyáltalában oszthatatlanok, a melyek in solidum szállnak át. E két utóbbiról kell itt beszélni, mert akár quotákban, akár in solidum száll át valamely jog, minden esetre az örökösök közt bizonyos közösség támad. Egymás irányában jogositva és egymás iránt kötelezve vannak bizonyos szolgáltatásokra. A római jog az ilyen közösséget, a mely többnek nyakába szakad, *communio incidensnek* vagy *communio per incidensnek* nevezi, a melyet a quasi ex contractu származó obligatiók közé sorol. Quasi ex contractu azért, mert nagyjában oly joggal és kötelezettséggel állanak egymással szemben, mint a sociusok szoktak lenni. Így pl. ők is csak diligentiam, quam in suis rebus adhibere solent tartoznak kifejteni. Továbbá, valamint a sociusok mindent meg tartoznak tenni, a mi a közös czélra szükséges és mindent abbanhagyni, a mi ártalmas, úgy ex lege a communióba esőket is terheli ez a kötelezettség. Ez a communio persze nemcsak öröklés folytán, hanem mindenféle más tényállás alapján is előállhat. Pl. communio ex condominio. A condominusok mindegyikének condominiuma van, de egymás közt communio áll fenn. Minden társjogosultságnak az a sajátsága, hogy maga a jogosultság factuma az egyes jogosultak közt közösséget létesit. Csakhogy in communione nemo impellitur invitus detinere. Mindegyik quasi socius jogositva van a maga módja-rendje szerint oda törekedni, hogy a communio megszűnjön. De mielőtt ez az osztály akár egyezség, akár biró útján megtörténik, addig kötelesek a quasi societasból folyó kötelmeknek eleget tenni. Aztán az osztály után is fennállhatnak bizonyos jogok és kötelezettségek a közösségben voltak közt, a melyeket vagy maguk, vagy a biró ruházott egyikükre, másikukra. A biró úgy oszthatta meg a dolgot, hogy egyikükė legyen, a ki a többinek aztán kártalanitást adjon.

Így tehát a communióban három stadium van: osztály előtt, maga az osztály és osztály után. Bármely stadiumbeli igények érvényesitésére az *actio communi dividundo* szolgál. Ez tehát nemcsak az osztályra szorit, hanem az osztály előtti és utáni jogok és kötelességek érvényesitésére is. Ennyiben találkozik minden osztálykereset. De az örököstársak nemcsak egy bizonyos jogra vagy kötelezettségre vannak communióban, ők communióban vannak az összes jogokra és kötelezettségekre, a melyek partialis jogok kötelezettségekre nem bomlanak. Ennek az általános közösségnek megfelelő kereset az *actio familiae herciscundae.* Az actio communi dividundo úgy viszonylik a familiae herciscundaehez, mint a rei vindicatio a hereditatis petitióhoz. Valamint a hereditatis petitio sem egyéb, mint az egyes jogokat érvényesitő kereset, a mely azonban nemcsak az egyes jogot érvényesiti, hanem per universum az örökségben levő összes jogokat is, úgy az actio communi dividundóval ellentétben a familiae herciscundaevel is nemcsak egyes közösségek, hanem az öröklésből folyó összes közösségek számolhatók fel.

Az örököstársak közössége az osztály előtt ép olyan, mint minden más communio incidens esetén. Az osztály utáni kötelezettségekről sincs mit mondani, mindegyik fél azt köteles megtenni, a mire az osztályban köteleztetett. Fontosabb kérdés, hogy maga az osztály hogy jön létre. Az osztályt részben vagy egészben maga az örökhagyó is megejtheti, ha t. i. végrendeletet vagy codicillust hagy hátra. A mennyiben az örökhagyó bizonyos dologra nézve az osztályt megejtette, arra nézve a communio természetesen elő nem áll. Ha azonban az örökhagyó nem intézkedett, akkor a beállott közösség vagy a társak szerződésével szüntethető meg, vagy ha megegyezni nem tudnának, bármelyikük a biróhoz fordulhat az actio familiae herciscundaevel. A sajátszerű ebben a keresetben, mint minden osztó keresetben, az, hogy itt a biró voltaképen nem mint biró jár el, nem már létező tényeket és jogokat declarál, ő itt szakértő, mint arbiter ejti meg az osztályt. Valójában peren kivüli functio ez, a mely per alakjában megy végbe. Ezt a keresetet úgy kell felfogni, mint határozatlan tartalmú kérelmet, a melyben felperes azt mondja, hogy minthogy mi megegyezni nem tudunk, végezd te az osztályt. Tartalmilag az osztó per az ú. n. non contentiósus eljáráshoz tartozik, a mi perileg a formulában is kifejezést nyer azzal, hogy a biró nem condemnatióra, hanem adiudicatióra utasíttatik. A praetor a birót korlátlanul felhatalmazza arra, hogy a felosztandó dologgal miként bánjék, a biró a felek közt teljes szabadsággal véglegesíti a helyzetet. Nemcsak már létező jogokat oszthat fel, hanem, ha jónak látja, új jogokat is constituálhat. A biró, az arbiter persze lehetőleg az örökhagyó intentióihoz tartja magát. De nem ez kizárólag a mérvadó. Fontosabb az, hogy a czélszerűséget tartsa szem előtt és arra vigyázzon, hogy a dolgok a túlságos felosztás által értékben ne veszítsenek. Ő tehát a dolgot (és vele a rajta levő jogot) felosztás helyett, ha jobbnak látja, egészben tarthatja, egynek itélvén oda azzal, hogy ez a többieknek megfelelő más jogokat, kártérítést adjon, vagy eladhatja a dolgot árverés útján a felek közt és az igy nyert vételárat osztja fel (pretium succedit in locum rei). Az osztályra nézve a czélszerűség szempontján kivül más szabályt állítani nem lehet, az arbiternek mindig a concret eset szerint kell eljárnia. Az eljárást, mint látjuk, az jellemzi, hogy a biró adiudicatiójában új jogokat is constituálhat. Ezért minden jognál a jog keletkezésének fejezetében a birói adiudicatio is előfordul. A mennyiben a hagyatékban tartozások is vannak, ezeket is egyikmásik örököstársra róhatja. De a tartozások ilyetén felosztása a biró által csak az örökösök közt mértékadó, de nem a hitelezőkre. A biró csak inter partes facit ius. A hitelező tehát a maga követelését az összes örökösökkel szemben tartja meg és csak akkor veszti el a többiekkel szemben, ha az összes örökösök őt értesitették, hogy a biró a tartozást melyikükre rótta és ő ezt tudomásul vette. Ekkor voltaképen nem történik egyéb, mint adósságátvállalás

a hitelező beleegyezésével. Az osztályperben azonban nemcsak adiudicatiónak, hanem condemnatiónak is lehet helye. A communióból eredőleg vannak vagy lehetnek az örököstársaknak is egymás irányában kötelezettségeik, pl. az egyik valami kiadást tett a közösség javára. Mindezeket fel lehet hozni a felszámolás alkalmával, a mikor a biró kártérítésre condemnálja a többit. Ezek az ú. n. praestationes personales, a melyekkel a communióból kifolyólag a társak egymásnak tartoznak. Ezekre a személyes szolgáltatásokra a biró ép úgy marasztal és kötelez, mint minden más kötelemnél. Így az actio communi dividundo, illetve familiae herciscundaeben benne lehet a condemnatio is. Ha az örököstársak az osztály tekintetében megegyeztek, csak ezeknek a praestationes personales tekintetében nem tudtak megegyezni, akkor az actio familiae herciscundaevel csakis ezeket fogják érvényesíteni. Ekkor a formulában adiudicatio nem, hanem csak condemnatio lesz. Az actio familiae herciscundaenek, mint mondtuk, az osztály után is lehet helye. Pl. az örököstársak megegyeztek egymással minden tekintetben, de később az egyiktől az osztályban nyert dolgot evincálják. Ilyenkor regressusa van örököstársai ellen, ép úgy, mintha a dolgot tőlük megvette volna. Ezt az evinctionalis igényt szintén az actio communi dividundóval kell érvényesíteni.

Az osztály tárgya néha nemcsak a hagyaték, hanem ezen felül még olyan vagyontárgyak is, a melyek tényleg az elhunyt vagyonában nem voltak. Bizonyos esetekben bizonyos örkösök a saját vagyonukból is kötelesek bizonyos értékeket, a melyeket az elhunytól még életében kaptak, osztályra bocsátani. Ez az ú. n. *collatio* vagy osztályra bocsátás, máskép betudás esete. Teleszky örökjogi tervezetében a betudás kifejezést használja. Ez nem egészen helyes, mert azt a képet költi, hogy az egész összeg, a melyet az örökös előre kapott, levonandó abból a részből, a mit kapna. Ez pedig nincs igy.

A collatio tekintetében két kort kell megkülönböztetni: a klassikus és a postklassikus jog korát. A klassikus jog a collatiónak két faját ismeri a *collatio bonorumot* (*emancipatorum*) *és a collatio dotist*. Az előbbi a praetori jogból ered, még pedig a praetori intestat és szükségörökjog nyomán. A civiljog szerint tudvalevőleg első sorban az elhunyt suusai örökölnek, és ha suusok van, akkor ezek mellett, ezeken kivül senki sem örököl. Mikor az emancipatio gyakorivá vált, akkor a praetor az öröklést az emancipatusra is kiterjesztette. A suus mellett és vele együtt örököl az emancipatus is, a ki szintén suus volna, ha az emancipatio meg nem történt volna. A praetor azzal a fictióval él, hogy a capitis deminutio minima meg nem történt, és edictuma első ordójában azokat is meghivja, a kik suusok volnának, ha emancipatio nem történt volna meg. Ez az ú. n. unde liberi ordója. Ide a suusokon kivül nemcsak az emancipatus tartozik, hanem mindenki, a ki valamely módon

az atyai hatalomból szabadult, ezzel suitását elvesztvén. Örököl tehát az emancipatusnak post emancipationem született gyermeke is a nagyapa után, ha apja, t. i. az emancipatus meghal. Ő is t. i. suus volna, ha apja nem emancipáltatott volna. Vagy pl. az apa csak a fiát emancipálja, ettől való unokáját azonban nem. Ez utóbbi nagyapja suusa, nem emancipált apjaé, másrészt meg nem is emancipatusa az apjának, és mégis örököl utána. A praetori első ordóban tehát a suuson kívül nemcsak az emancipatus örököl, hanem az is, a ki más módon vesztette el suitását. A praetori újításnak főtypusa mégis az emancipatus öröklése a suusé mellett. Mikor a praetor ezt az emancipatust a suus mellé meghivja, akkor a suuson a ius civile szerint iniuria történt, hiszen ezzel az ő örökrésze csökkent. A mit a suus szerzett, az benne van a hagyatékban, mert ő mindent paterfamiliasának szerzett, ellenben a mit az emancipatus szerzett, az a hagyatékban nincs benne. Ennek kiegyenlítése czéljából a praetor elrendelte, hogy az emancipatus, a ki a hagyatékban részesül, ezért conferálni tartozik, osztályra tartozik bocsátani a saját keresményét is. De csak annyiban tartozik conferálni, a mennyiben a most kifejtett szempont ezt igazolja, a mennyiben tehát az ő részesülése által a suus incommodumot szenved. De ha pl. az apának 2 suusa és 2 emancipatusa van, a két suust a végrendeletben exheredálja, kitagadja, az emancipatust pedig praetermittálja, nem is említi, a miért ez a végrendeletet megtámadja és kéri a bonorum possessio contra tabulast, akkor ennek a hatása az, hogy az egész végrendelet elveszíti a hatályát és megnyilik a praetori intestat öröklés. Most örökölni fog a két suus is, a két emancipatus is. Ebben a példában azzal, hogy a két emancipatus a hagyatékban részesül, a két suus nem szenved hátrányt, sőt ellenkezőleg. Hisz, ha az emancipatusok nem volnának, ők nem kapnának semmit, érvényesen lévén kitagadva. Ép ezért itt az emancipatus a maga szerzeményét nem köteles conferálni. Ugyanez az eset, ha az emancipatus mellőzésével kapcsolatban a suus csak a köteles részre van kinevezve. Ekkor is az emancipatus megtámadja a végrendeletet, a mivel a suus ismét jobban jár. Ezért itt sincs helye az emancipatus szerzeménye collatiójának. Nincs helye továbbá az egyik emancipatus részéről a másik irányában. A collatiónak tehát csak akkor van helye, ha az emancipatus öröklése által a suusok kárt szenvednek és csak azokkal szemben van helye, a kik kárt szenvednek. Ez az első esete a collatiónak, a melynek a praetori intestat és contra tabulas öröklés esetében van helye.

A collatio második esete a *collatio dotis*. A lány az apjától kapott dost szintén osztályra tartozik bocsátani. A dos, a melyet az apa ad (dos profectitia), nem az apa tulajdona, hanem a férjé, de a házasság megszüntével a lányra (és nem az apára) száll vissza. Az apa csak jogosítva van, a lány beleegyezésével bevonni a maga vagyonába, de ha meghal, akkor a lány a dost végképen megtartja,

még pedig a klassikus jog szerint mint praecipuumot, a melyből a többi örökösnek semmi része sincs. Ezen is segít a praetor, elrendelvén, hogy a lány ezt a dost is köteles osztályra bocsátani, de szintén csak annyiban, a mennyiben a többi suus incommodumot szenved.

Mint a két collatio a későbbi jogban elavult. A collatio emancipatorum azért, mert hova tovább a nem emancipáltak is önálló vagyonjogi képességet nyernek a peculium által, úgy hogy a peculium által factice a suusoknak is van vagyonjoguk. Aztán meg a iustinianusi örökjog vezérgondolata az, hogy a descendensek tekintetében örökjog szemponjából semmi különbség nincsen, a mivel megszünt az a gondolat, hogy az emancipatus csak hozzátolakodik a suusok mellé. Most már az, hogy egyik-másik gyerek mit szerzett, tekintetbe nem jön. A praetori collatio helyébe a mai modern collatio lép, a *descendensek collatiója*, a melylyel először Leo császárnak 472-ből való constutiója foglalkozik, és a melyet Iustinianus elfogadott. Ennek a collatiónak egész más az alapgondolata, mint az előbbi kettőnek, más okból és más tárgyra nézve történik az osztályra bocsátás. Az emancipatus collatiójának tárgya az ő szerzeménye, a iustinianusi collatiónak ellenben az, a mit az egyik örököstárs a közös ascendenstől ajándékba kapott. A mit harmadik oldalról szerzett, vagy a mit a közös ascendenstől visszterhes ügylettel kapott, az nem tárgya az új collatiónak. A iustinianusi collatiónak alapgondolata és oka az a praesumptio, hogy az apa gyermekei között egyenlőtlenséget nem akart. Fel kell tenni az apáról, hogy ha inter vivos egyik gyermekének többet adott, azt halála alkalmával ki akarja egyenlíteni. Ezen a praesumptión alapszik a iustiniaunusi collatio, holott a praetorinak az volt az oka, hogy az emancipatus öröklése a civiljogi örökösöket megkárosítja, ezért ő ezeket, ha van miből, kártalanítani tartozik. Ebből következik, hogy az emancipatus csak azon suusok irányában és azon összeg erejéig tartozik conferálni, a kiket és a mennyivel kárositott: *ei confertur, cui aufertur*. Ez másképp van a iustinianusi collatio szerint. Itt nem azt vizsgáljuk, hogy kit szorított meg az örököstárs, hanem csak azt kérdezzük, hogy mennyit kapott inter vivos az ascendenstől és azt mind conferálni tartozik. Ennek a modern collatiónak alapgondolata először a collatio dotis egy esetében merül fel. A collatio dotis tudvalevőleg abban áll, hogy a lány azt a dost, a mely a házasság megszünése után rá esik, és melyet, míg az apa él, ideiglenesen, az apa halála után pedig véglegesen mint praecipuumot kap, szintén osztályra tartozik bocsátani. Itt is áll, hogy ei confertur, cui aufertur, mert a lány is csak a suusok számára volt köteles conferálni. Gordianus császár azonban egyik constitutiójában már azt mondja, hogy a lány a dos profecticiát collatióra tartozik bocsátani az összes descendensekkel szemben. Itt merül fel először az a gondolat, hogy a mit valaki felmenőjétől kap, azt az összes

descendensekkel szemben tartozik conferálni. Ezt Leo császár fentidézett constitutiója elvileg kimondja és bőven kifejleszti Iustinianus a 18-ik novellában. Ekkor a collatio dotisnak, mint külön intézménynek, értelme megszünt, és bele is olvad az új intézménybe.

Iustinianus óta csak egy egységes collatio van, a collatio descendentium, a mely szerint az ascendensnek bizonyos ajándékai osztályra bocsátandók. Nem collatio azonban az, ha az egyik örökös adósa elhunyt ascendensének. A mivel ő az elhunytnak tartozott, azt most is meg tartozik fizetni, nem conferálni. A különbség nemcsak fogalmi, hanem számtanilag is más eredményre jutunk. Ha collatiónak tudnók ezt be, akkor egész tartozását volna köteles conferálni, ha pedig csak közönséges kötelemteljesitésnek veszszük, a minek venni is kell, akkor a tartozásnak egy része, a mely részben t. i. ő örökös, per confusionem megszünik, és ő csak a többit köteles megfizetni. Ha az örökséget el nem fogadja, collatióról nincs szó, de a tartozást akkor is meg tartozik fizetni. A collatio szabályai a következők: A collatio tárgya bizonyos vagyoni juttatások, a mikhez az egyik örököstárs úgy jutott, hogy az örökhagyó ascendens neki azt inter vivos ingyen adta. Ez azonban nem áll minden ingyenes juttatásra. Az emlitettük praesumptiónak csak kivételes nagyobb ajándékozásoknál van értelme. De hogy mint kell ezeket a nagyobb ajándékozásokat substantálni? A régibb irók szerint szabály az, hogy minden nagyobb vagyoni juttatás conferálandó. Ma az uralkodó nézet Franke alapján (a ki a 30-as években erről értekezett) az, hogy a praesumptio csak bizonyos ajándékozásokra áll. Nálunk az egyik jogászgyülésen az egyik véleményező azt mondta, hogy a törvényben positive kell megjelölni azokat a tárgyakat, a melyek conferálandók, a másik véleményező szerint pedig azok volnának taxative felsorolandók, a melyek a collatiónak nem tárgyai. A római jogban a collatiónak legfontosabb esete az, a mit az ascendens kiházasitás czimén adott, tehát a dos és a donatio propter nuptias. Ezt a pandektajogi praxis kiterjesztette a separata oeconomia esetére, a mikor a fiú nem házasodott meg, hanem apja pénzén külön háztartást rendezett be. Ez az ú. n. *emancipatio saxonica vagy germanica*, a mely a mi jogunkba is átment. Egyéb ajándék rendszerint nem tárgya a collatiónak, hanem csak akkor, ha a másik descendens csak kiházasitás czimén kapott valamit. Ha mind a kettő kapott ajándékot, egyik sem tartozik azt conferálni. Conferálandó az ajándék akkor is, ha az ajándékozó az ajándékozáskor igy rendelte. Egyéb juttatások is csak akkor conferálandók, ha a végrendelkező igy intézkedett; a mit persze csak úgy tehet, hogy vele a köteles részt nem sérti. Viszont elengedheti az elhunyt expressis verbis a collatiót ott, a hol különben helye volna. Második kérdés, ki köteles conferálni? A közös ascendenstől származó örököstársak egymással szemben, még pedig akár ab intestato örökösök, akár pedig, és ez Iustinianus újitása, ex

testamento. Iustinianus a végrendelkezőről feltételezi, hogy megfeledkezett a collatio elrendeléséről. Ex testamento azonban csak azok esnek collatio alá, a kik ab intestato is örökösök lennének, úgyszintén azok is, a kik transmissio útján ezeknek helyébe léptek. Harmadik kérdés, kik jogosultak a collatio kérésére? Ugyancsak a descendensek egymás irányában, akár ab intestato, akár ex testamento örököstársak. Pl. a végrendeletben ki van nevezve örökösül az elhunyt három gyermeke és felesége. Az egyik gyermek kiházasitást kapott. Ő conferálni tartozik ezt, de csak a másik két gyermek javára. Ilyenkor, mikor a descendenseken kivül mások is örökösök, a collatio szempontjából ezek nem létezőknek tekintetnek. A collatiónak csak a descendensek közt van helye, de azok közt mindnyájuk közt, nemcsak annak javára cui aufertur. Conferálni tartozik tehát az unoka is nagybátyával szemben, ha közös ascendenstől örökölnek.

A collationalis kötelezettség nem teljes kötelem, csak indirekte védetik. Az örököstársak nem perelhetnek, hogy tessék conferálni, hanem ha az erre kötelezett igénybe akarná venni a hagyatékot, akkor excipiendo követelhetik a collatiót. A kötelezettnek nem kell mindjárt conferálni, elég ha bármily cautiót ad, kezest állit. Ez esetben aztán az osztályra bocsátás perelhető is az actio ex stipulatióval. A források *collatio re-* és *cautione*-ről beszélnek. A collationalis kötelezettség csökkenhet és meg is szünhetik, ha a tárgy neki be nem számithatólag változik vagy elpusztul. Ő csak culpa in concretóért felel. Az osztályra bocsátás in natura történhetik, és ez a legigazságosabb is, de ha az osztálytársak ellenkező érdeküket bizonyitani nem tudják, a conferáló a naturalis szolgáltatás helyett az értéket ajánlhatja fel. A mi örökjogi javaslataink szerint a társak csak az érték szerinti collatiót követelhetik. Ez sokszor egyszerübb, mert a számitás könnyebb, de akárhogy számitjuk az értéket, az eredmény mindig igazságtalan lesz. Pl. az örökhagyó egyik gyermekének 10,000 frt értékü készpénzt, a másiknak ugyananolyan értékü ingatlant adott. Az első is a pénzért házat vett. Az ingatlan értéke időközben, tegyük, 20,000 frtra emelkedett. Ha az ajándékozáskori érték conferálandó. mind a kettő 10,000 frtot tartozik conferálni, a mi igazságtalan, mert az értékek emelkedtek, ha pedig a mostani érték conferálandó, akkor az, a ki pénzt kapott, csak 10,000 frtot bocsát osztályba, mert a pénz értéke nem változik, az ingatlan tulajdonosa pedig 20,000 frtot, pedig az előbbi háza is, a melyet a pénzén szerzett, ma már 20,000 frtot ér.

II. *Az örököstársak helyzete kifelé.* Valamint az örökhagyó jogai, úgy kötelezettségei is megoszlanak az örököstársak közt. Az osztható kötelezettség ipso facto annyi rész kötelemmé oszlik, a hány az örököstárs. Nomina et debita sunt ipso iure divisa. Az öröklés az egyedüli esete annak, hogy a kötelem ipso facto szétoszlik.

(Római jog szerint oly követelés is osztható, mely valamely dolog tulajdonának átruházására irányul (dare). Ilyenkor a római jog sajátos felfogása az, hogy a tulajdon átadását is oszthatónak fogják fel, úgy hogy mindegyik adós a dolognak eszméi részét tartozik átengedni. Ez nem valami praktikus megoldás. A modern jogok az ilyen kötelmeket nem is fogják fel osztható kötelmeknek.) Gyakorlati szempontból azonban ez a jogi rendezés, hogy a kötelem részkötelemmé oszlik, mely egészen logikus, nem igen állja meg a sarat. A hitelezőnek nem mindegy, hogy mindegyiktől 1000 frtot kap-e, vagy egyszerre kap 3000 frtot? Egy perből három lesz, szóval a hitelező helyzete ezen római elv mellett rosszabb, mint volt az örökhagyóval szemben. Igaz, hogy az örökhagyó követeléseivel is így vagyunk. Azt lehetne mondani, hogy az elhunyt adósainak sem mindegy, hogy egy vagy több a hitelezőjük. Semmi kétség, ez igaz. Csakhogy, míg az adós inter vivos is ki van téve annak, hogy több lesz a hitelezője, mert hisz a követelés többre cedálható, addig a hitelezőnek inter vivos nem kell attól tartania, hogy egy adósa helyébe az ő beleegyezése nélkül több adós lép. Az adós köthet több személylyel adósságátvállalást, de ez nem hat ki a hitelezőre. Az ipso facto eloszlás kellemetlen lehet az egyik öröktársnak is a többi irányában. A rendezésnek ezt a méltánytalan voltát a források is elismerik. Ezt az inconvenientiát elkerülendő a modern törvényhozások közt egyik-másik a rómaitól eltérő útat keres. Erre két út kinálkozik. Az egyik, a melyet hazai praxisunk is elfogadott, az, hogy az örököstársak az elhunyt hitelezőjének egyetemlegesen felelnek. Az aztán intern dolog, hogy a ki fizet, a többi ellen regressussal élhet. Csakhogy ez nagy bajjal jár. A hitelezőnek kellemetlen, mert az örökös helyén, nem az örökhagyóén kell perelnie, a társörökösnek pedig egyenesen veszélyes, helyzete rosszabb, mint hogy ha egyedüli örökös volna. Ha egyedüli örökös, a beneficium inventarii alapján nem reskiroz semmit, sőt a vele nem élő is csak akkor koczkáztat valamit a tartozás kifizetésével, ha a hagyaték passivuma több, mint az activum, ellenben a társörökös veszélyezteti a maga vagyonát, még ha a hagyaték egészen sufficiens is, mert örökrészén felül is köteles teljesíteni, lévén egyetemleges adós. A másik út, az ú. n. *szavatosság zur gesammten Hand*. Ezt a németek követik. Sem a hitelezőt nem sértik azzal, hogy csak partialisan kapjon kielégítést, sem az egyes örökösöket nem teszi ki az in solidum felelősségnek. A hagyatéki jogok és kötelességek egyelőre, míg a hitelezők kielégítve nincsennk, egyáltalában nem osztatnak szét, a német jogi elv a hagyatékot együtt tartja, míg az adósságok kifizetve nincsenek. A hagyatéki vagyon külön massa, és ebből elégítendők ki a maga útja-módja szerint, az egyik törvényhozás szerint hivatalból, a másik szerint a hagyatéki gondnok által, a harmadik szerint az összes öröktársak által a hitelezők. Ez a megoldás csakugyan eléri

azt, hogy a hitelezők az örökhagyó forumán perelhetnek, csak egy pert inditanak és az örököstársakat sem terheli a kielégítés. Csakhogy ez a megoldás csomó más bajjal jár. Szervezni kell bizonyos liquidálási módot, a csődtömegéhez hasonlót, a mi először költséges, másodszor nehézkes, kell továbbá, hogy a tömeg bizonyos ideig együtt maradjon, a mi megint költséges kezeléssel jár. Minthogy pedig a kezelés csak kötött marsrutával történhetik, a massának értékesitése igen nehézkes. Aztán az örökösök még akkor is kötelesek a hitelezők jelentkezésére kitűzött idő elmultát bevárni, ha kevés hitelező van, vagy hitelező nincs is. Ennek az eljárásnak a legtypikusabb esete az osztrák eljárás, a hol az örökösök csak hat hónap után jutnak örökségükhöz. Látnivaló, mindegyik módszernek megvannak a maga hiányai.

Az örököstársak viszonya a hagyományosokkal szemben ugyanaz, mint a többi hitelező irányában. Ha a hagyomány directe egyik-másik örököst nem terheli vagy részhagyományokra szakad, ha t. i. osztható, vagy in solidum nehezedik az örökösökre, mégis úgy, hogy minden örökös csak deducta quarta Falcidia fizeti ki a hagyományt.

160. §. Az örökös helyzete szemben a hagyatéki adósokkal.

Tartalmilag, elvileg voltaképen már ezt is kifejtettük. Az örökös helyzete a hagyatéki adósokkal szemben ugyanaz, mint volt az elhunyté. A hagyatéknak tartozó dolgot ő is rei vindicatióval, a szolgalmat actio confessoriával követelheti, az egyes tartózásokat pedig a megfelelő kötelmi keresettel. Ezzel szemben kötelessége a visszigényeket kielégiteni. A római jognak azonban singularitasa az, hogy nem kivánja az örököstől, hogy a hagyatékhoz tartozó jogokat az egyes keresetekkel érvényesitse, hanem ad neki universalis keresetet a hereditatis petitiót. Ezzel ő nemcsak az egyes jogokat érvényesítheti, hanem mindazokat a jogokat, a melyek az örökhagyóéi voltak. Ezt a római források úgy fejezik ki, hogy az örökös a hereditatis petitióval a hereditast követeli attól, a kinek kezében van. Ez alapon sokan úgy adják elő a dolgot, hogy voltaképen nem is azokat az egyes jogokat érvényesiti ezzel a keresettel, a melyek az örökhagyóéi voltak, hanem érvényesiti magán az universitason való jogát. Ez összefügg az örökjog tárgyának a kérdésével. Mint láttuk, azok, a kik az örökjogot külön subiectiv jognak veszik, tárgyául ezt a képzelt universitast mondják. Gaius is mint jogtárgyakat a columbat, a fundust, grexet, aedest és a hereditast. Sőt mi több, a római formula is azt mondja: si paret hereditatem Au-i Agg-i esse. Ebből következtetnek arra, hogy ime igenis a hereditas mint egész az örökjog tárgya, ép úgy mint a columbae, az aedes stb. követelhetők a vindicatióval, úgy a hereditas is vindicálható. (A források t. t. a hereditatis petitiót is neve-

zik vindicatiónak.) Igen következetes tehát, hogy Pfaff és Hoffmann dominium hereditatisról beszélnek. E szerint az örökös a dominium kapuján keresztül jut az egyes jogokhoz. Csakhogy ez nem áll. Ezek a helyek nem azt bizonyítják, a mit belőlük így következtetnek. Ellenkezőleg! Gaius példái egyenesen ráczáfolnak a kifejtett nézet hiveire. A grexen nem áll fenn tulajdonjog, mert a nyáj ép oly kevéssé dolog, mint a könyvtár. A való az, hogy tulajdonjogom az egyes juhokon, könyveken van, a nyáj, mint abstrakt valami, nem dolog, nem tárgya tulajdonjogomnak. Hogy a római jog mégis megadja a módot, hogy a sok juhot ne ugyanannyi, hanem csak egy vindicatióval követelhessem, a vindicatio gregissel, ennek praktikus czélja van, nem kell minden juh tulajdonát bebizonyitanom, elég ha a többségét igazolom. Ezzel azonban nem a nyájat, mint abstrakt valamit, követelem, nem is nyerem el vele a nyáj, az összes juhok tulajdonát, mert bár kikapom az egész nyájat, azokat a juhokat, a melyek nem az enyémek, tulajdonosuk mindig visszavindicálhatja, sőt ha a nyáj nála volt, vindicatio gregisemmel szemben visszafoghatja. A mint a nyáj nem dolog, nem tárgya külön jognak, úgy a hereditas sem az.

Ha az örökös a rei vindicatiót megindítja, ugyanazt kell bizonyitania, a mit az örökhagyónak és azonfelül még azt, hogy ő az örökös. Ép úgy, mint hogy ha követelést cedálnak rám és én azt érvényesitem, először be kell bizonyitanom, hogy a tartozás hogy keletkezett, de azután be kell bizonyitanom a cessio megtörténtét is. Nekem legitimálnom kell magam ad causam. A *legitimatiót ad causam* az örökös azzal adja meg, hogy bebizonyitja, hogy lett az örökhagyó örököse. Ezzel szemben alperes kettőt tagadhat. Vagy tagadja az auctor jogát, tagadja, hogy az örökhagyónak tartozott, vagy tagadja a legitimatio ad causamot, tagadja, hogy felperes örökös. Az ilyen vindicatióval persze az örökös az örökhagyónak csak egy-egy jogát érvényesítheti. Ha tehát valaki az egész hagyatékot occupálta, akkor, ha az örökös csak ezekkel a singularis keresetekkel élhetne, annyi keresetre volna szükség, a hány jog abban a hagyatékban van. Ez kellemetlen volna felperesnek, de kellemetlen alperesnek is. Az alperes ugyanis erre a hagyatékra esetleg kiadásokat tett. Ezek megtérítését ő az egyes keresetekkel szemben az egyes kereseteknek megfelelő szabályok szerint és mértékben követelhetné csak, a butordarabok követelésénél csak az ezekre tett kiadásait érvényesíthetné, más hagyatéki tárgyakra tetteket nem. Azután meg mint hagyatéki birtokos nagyobb mértékben is érvényesíthetné beruházásait, mint teheti ezt szemben a rei vindicatióval és más keresetekkel. A hagyatéki birtokosnak tehát érdekében van, hogy az örökös ellene ne singularis keresettel lépjen fel, érdekében van, hogy ő a hagyaték bármely tárgyára tett kiadásait követelhesse vissza, ne csak épen a perelt tárgyra fordított impensait. Ezt pedig csak akkor

centumvirális bíróság

teheti, ha az örökös nem egyes dolgokat vindikál, nem egyes jogokat érvényesít, hanem érvényesíti az összes jogokat, követeli a hagyatékhoz tartozó alperesnél lévő összes dolgokat. Ez a hagyatéki kereset a centumviralis biróság elé tartozott, a mely az alperesnek előnyösebb, mint az unus index. Mindkét fél érdekében alkotta meg tehát a praetor az universalis keresetet, a hereditatis petitiót. A formula úgy hangzott: Si paret hereditatem, de qua agitur, Au-i Agg-i esse ex iure Quiritium, quidquid de ea hereditate N. N. pro herede vel pro possessore possideat, nisi tuo arbitratu restituisset stb. Ezzel a keresettel felperes uno ictu kikapja alperestől mindazokat a jogokat és dolgokat, a melyek a hagyatékhoz tartoznak. Ha felperes mégis egyes, singularis keresettel lépne fel, alperes ellen fogja neki vethetni, hogy ne tessék tőlem az egyes dolgokat kiperelni, tessék az universalis keresetet megindítani. Alperes ezen ellenvetése az *exceptio ne praeiudicium fiat hereditati.*

A hereditatis petitio tárgya határozatlan valami, mert hisz a felperes gyakran nem is tudja, miből áll a hagyaték és ezért az újabb törvényhozások alperesre nagyon helyesen felfedező esküt rónak, esküvel köteles igazolni, hogy a hagyatékból mi van nála. Ezért sem szabad mondani, hogy ennek a keresetnek tárgya valami universitas, valami fictiv egész, mely más valami, mint az egyes jogok, a melyek a hagyatékban vannak. Élő embernél is előfordulhat, hogy universalis keresettel követelje mástól mindazokat a jogokat, a melyek az ő vagyonában voltak, pl. valamely visszatért ember, a ki 20 esztendeig távol volt s hire veszett. Ily esetben *hereditatis petitio utilis*-ről beszélünk. Valamint ily esetben az egyes élő embernek nincs külön joga a vagyonához és azonfelül külön egyes jogai, úgy nincs rá szükség, sem ok arra sem, hogy külön jogot vegyünk fel, mint örökjogot. A hereditatis petitióval nem valami külön jogot érvényesítünk, hanem a hagyatéki jogokat mind. Van különben még másik nézet is, a mely szerint a hereditatis petitio tárgya maga az örökjog. Igy fejezi ezt ki Arndts. Ez ugyanannyi, mintha azt mondaná, hogy az örökjog tárgya az örökjog. És szinte érthetetlen, e körül vita is fejlődött, hogy az örökjogot vagy az örökséget követeljük-e, pedig világos, hogy az örökjog nem tárgya, hanem jogalapja a keresetnek.

A hereditatis petitióban felperes az örökös, még pedig akár a totalis (heres ex asse), akár a partialis. E szerint megkülönböztetjük a *hereditatis petitio totalist és partiariát.* Tekintettel arra, hogy az örökös a maga örökjogát a civil vagy a praetori jogra alapítja, a mi a justinianusi jogban már egyenértékű, beszélünk *hereditatis petitio civilis- és utilis- vagy possessoriáról.* De örökös materialiter véve a justinianusi jogban az úgynevezett fideicommissarius heres is, a ki tehát szintén élhet ezzel a keresettel, melynek ilyenkor *hereditatis petitio fideicommissaria* a neve. Mindezek csak

közelebbi megjelölései a hereditatis petitiónak, mindezek a nevezett személyek practice véve örökösök.

Alperes az, a ki a hagyatékból bármit, akár egy dolgot vagy többet, akár pedig az egész hagyatékot birtokolja, tekintet nélkül arra, hogy jó- vagy rosszhiszeműleg birtokol-e, hacsak a maga részéről azt állítja, hogy a hagyaték és ennélfogva ez az egy vagy több dolog, illetve jog is őt illeti. A hereditatis petitio alperese tehát csak az lehet, a ki vagy azt mondja, én vagyok az örökös és ezért illet meg a hagyaték, vagy pedig azt, én nem vagyok ugyan örökös, de a hagyaték mégis engem illet, hogy mi czímen, annak megmondását én megtagadom. Az alperes tehát vagy azt mondja: én vagyok az örökös, vagyis a hagyatéki tárgyakat pro herede birtokolja, *possessor pro herede*, vagy azt mondja: a hagyaték engem illet, nekem jogom van a hagyatékhoz, miért, azt nem mondom meg, az ilyen alperes a *possessor pro possessore.* Ez utóbbi csak negativumot mond, azt mondja, hogy ő nem possessor pro herede. Ilyen pl. a végrendeleti végrehajtó, a kinek kezében a hagyaték van, a melyet kiadni nem akar. Possessor pro possessore pl. továbbá az örökös gyámja, gondnoka is, ki a hagyatéki tárgyakat ki nem akarja adni. Mindezek possessores hereditatis, náluk van a hagyaték, vagy valami a hagyatékból. Mindezek azt állítják, hogy a hagyaték őket illeti. A hereditatis petitio csak ezek ellen megy. Minden más személy ellen csak singularis keresetnek van helye. Ha alperes nem adja ki magát olyannak, a kit a hagyaték megillet, ha csak azt tagadja, hogy a követelt dolog nem is volt az örökhagyóé, akkor nem hereditatis petitiónak, hanem singularis keresetnek van helye. Hereditatis petitiónak csak akkor van helye, ha alperes beismeri, hogy a követelt dolog a hagyatékhoz tartozik, de azt állítja, hogy a hagyaték őt illeti, akár mert ő az örökös (pro herede), akár más okból (pro possessore), qui interrogatus cur possideat, respondet quia possideo. Felperes persze nem látja, nem tudja, hogy alperes mi czímen birja a hagyatéki tárgyat, pro herede-e, vagy pro possessore, vagy csak singulari titulo. Így megeshetik, hogy ép úgy, mint singularis keresetét a hagyatéki birtokos az exceptio ne praeiudicium fiat hereditativel üti vissza, úgy hereditatis petitióját más alperes meg singularis kifogással ellenzi meg, azzal, hogy nem tagadom örökös voltodat, de a mit te követelsz, nem tartozik a hagyatékhoz. Hogy felperes ily kifogások miatt perét el ne veszítse, a római jog segitett rajta az interrogatio in iure intézményével. A praetor által megkérdeztette alperest, mi czímen birtokolja a dolgot és csak azután kért formulát. Ma a praxis már régtől fogva, nem lévén már meg az interrogatio in iure, megengedi a kereset cumulatiót. Felperes úgy beszél keresetében: én nem tudom, mi czímen birja alperes a dolgot, a mennyiben mint hagyatéki birtokos, kérem keresetemet hereditatis petitiónak venni, különben pedig singularis keresetként vele bánni. Sőt

ma, elterjedt praxis szerint felperesnek nem is kell kérnie, hogy tessék keresetemet cumuláltnak venni. Felperes tehát csak azt fogja a keresetben állítani és bizonyítani, hogy ő az örökös, ezzel legitimálja magát mint felperes, továbbá azt, hogy alperes birja a hagyatéki tárgyat, ezzel legitimálja alperest. Logikailag ez kevés volna, azt is bizonyítania kellene, hogy alperes a dolgot mint hagyatéki birtokos birja. De a bizonyítási teher helyes megosztása azt hozza magával, hogy felperes részéről csak annak bizonyítását kivánjuk meg, hogy alperes birtokos, alperesre hárul azután excipiendo annak bizonyítása, hogy ő csak singularis czímen birja a dolgot. Rómában, ha felperes elmulasztotta az interrogatiót és nem az alperesnek megfelelő keresetet indította, elvesztette a pert. Ma a két kereset közti különbség nem perileg, hanem anyagilag, a per anyagi megbirálása szempontjából fontos. Más szabályok applicálandók, ha felperes keresete rei vindicatiónak, más, ha hereditatis petitiónak minősül. Ha rei vindicatio, akkor alperes csak a perelt tárgyra tett kiadásait érvényesítheti, ha ellenben hereditatis petitio, akkor bármely hagyatéki tárgyra fordított beruházásokat követelheti. De lehet a hereditatis petitio alperes hátrányára is, mert a mala fide possessor a hereditatis petitio esetében rosszabbul áll, mint a rei vindicatióval szemben. Ezért ma is fontos, hogy alperes a dolgot vagy dolgokat mi czimen birja.

A hereditatis petitiónál felperesnek nemcsak azt nehéz bebizonyítania, hogy alperes mi czímen birja a dolgokat, nehéz feladat még annak bizonyítása is, hogy mi is van a hagyatékból alperesnél. A hagyatéki birtokosok rendszerint nem egy dolgot szoktak birni a hagyatékból, hanem többet. Mindig fenforog tehát a gyanú, hogy alperesnél az észlelt dolgon kivül van még több is. A praxis tehát praesumptio hominist állít fel a mellett, hogy alperesnél több is van a hagyatékból, ha felperes egynek birtokát be tudja bizonyítani. Ezért felperes követelheti alperestől a felfedezési, manifestationalis esküt. A praxis sok helyütt annyira megy, hogy még azt sem követeli, hogy felperes egy hagyatéki tárgyról bebizonyítsa, hogy alperesnél van, hanem bizonyos személyekhez e nélkül is fűzi azt a praesumptiót, hogy náluk a hagyatékból van valami. Ezek azok, a kik az elhúnyttal egy házban laktak, halálánál jelen voltak. Igen észszerű, helyes praxis, mert e nélkül az ember igazán nem tudja kimutatni, hogy a hagyaték miből áll.

A hereditatis petitiót a hagyatéki tárgyak kikövetelési jogát a római jog a hagyatéki birtokos ellen adja meg, az ellen, a ki a tárgyaknak jogi birtokában van. A detentor ellen is indítható, de az laudatio vagy nominatio auctorissal menekül. A praxis azonban megadja a keresetet a detentor ellen is, pl. a hagyatéki gondnok, végrehajtó ellen. Megindítható továbbá a hereditatis petitio, ép úgy mint a rei vindicatio nemcsak a verus, hanem az ú. n. fictus possessor ellen is. Ez persze nem a dolog kiadására, hanem csak az

interesse megtérítésére kötelezhető (266. l.). A petitio contra fictum possessorem voltaképen kártérítési kereset, a mely alperes dolusán alapszik, anyagilag tehát actio de dolo malo. Csak perjogi különbség van a két actio között.

A hereditatis petitio petituma nemcsak az, hogy alperes mindazt kiadja, a mi a hagyatékból in natura nála van, hanem az is, hogy azt is megtérítse, a minek nála kellene lenni. Ez utóbbi szempontból különbséget kell tennünk jó- és rosszhiszemű hagyatéki birtokos közt. Így különösen a gyümölcsök és a megsemmisült dolgok megtérítése tekintetében kell a kétféle birtokost megkülönböztetnünk. A hereditatis petitióval továbbá nemcsak az követelhető, a mi elhunytnak tulajdonában vagy jóhiszemű birtokában volt, hanem maga a birtokjog is része a hagyatéknak. A római jognak felfogása ugyan az, hogy a birtok tényét, a mely a birtokjognak alapja, más nem succedálhat, a tényleges állapotot örökösnek újból kell reproducálnia. Az örökös tehát a hagyatéki birtokos ellen nem is élhet birtokháborítási keresettel, interdictuma nincs, de ugyanazt a czélt eléri a hereditatis petitióval. Az örökösnek a hereditatis petitiónál nem kell azt bizonyítania, hogy a hagyatéki birtokosnál lévő dolog az elhunyté volt, elég azt igazolnia, hogy tényleges hatalmában volt. Ha ez nem volna elegendő, akkor a hereditatis petitio éle el volna véve, mert tulajdonjogot vagy legalább is titulust bizonyítani probatio diabolica. A hereditatis petitióval végül még az elhunyt birlalatában volt tárgyat is ki lehet követelni, hacsak alperes ki nem mutatja, hogy a birlalat az elhunytnak nem volt igazán érdekében, illetve az örökösnek érdekében nincs. Érdekében pedig azért lehet, mert különben a dolog kiadására vonatkozó követeléseknek meg nem felelhetne. Ha az örökhagyónál letétben volt a dolog, a letevő az örököstől fogja követelni, már pedig ez csak akkor adhatja ki, ha eszközt adunk neki a dolog megszerzésére az ellen, a kinél a dolog mint hagyatéki birtokosnál van. Kikövetelheti a dolgot az örökös a hagyatéki birtokostól még akkor is, ha az elhunyt vitiosus possessor volt, pl. a dolgot ellopta, mert hiszen a condictio furtivával örököstől kikövetelhető, módot kell tehát neki nyujtani a dolog megszerzésére. A hereditatis petitióval tehát, a mi különben vitás, az elhunyt birtokában és birlalatában lévő dolgok is kikövetelhetők, tekintet nélkül arra, hogy az elhunyt birtoka milyen volt. Ez alól a kiadási kötelezettség alól a hagyatéki birtokos csak akkor szabadul, ha ki tudja mutatni, hogy felperesnek a dolog kiadásában semmi érdeke sincs. A hereditatis petitióval továbbá nemcsak a dologi jogok, hanem a követelések is kikövetelhetők. Itt a nehézségek ugyanazok, mint a dolgok kikövetelésénél. A követelések érvényesítésénél is a szerint inditandó a singularis kereset vagy a hereditatis petitio, a mint az interrogatio in iureben alperes a fizetést azon a czimen tagadja meg, hogy nem is tartozott az örökhagyónak, vagy pedig

azért, mert, bár örökhagyónak tartozott, de a hagyaték nem örököst, hanem őt illeti, vagyis a követelés per confusionem megszünt. Ma ilyen esetben szintén keresetcumulatiónak van helye.

A hagyatékra nézve fennáll a SC. Iuventianum intézkedése: *pretium succedit in locum rei, res succedit in locum pretii.* A hagyatéki tárgyak surrogálhatók (182. l.). A SC. Iuventianum másik intézkedésén alapul az a már említett szabály, hogy az is kiadandó, a mi a hagyatéki birtokosnál ugyan nincs, de nála kellene, hogy legyen. Elv az, hogy a jóhiszemű birtokos, t. i. az, a ki magáról azt hiszi, hogy örökös, csak azt adja ki, a mivel jelenleg gazdagodott, de kárt ne lásson. A mit a hagyatékból elköltött, a lucrum cessans stb. tőle nem követelhető, ő csak azt tartozik kiadni, a mi az ítélethozatal pillanatában a kezében még megvan. Dolosus költekezéseiért persze felel, még pedig ex delicto. Kellemesebb a hagyatéki birtokos helyzete a hereditatis petitióval, mint a rei vindicatióval szemben, azért, mert a hereditatis petitio jóhiszemű alperese nemcsak a szükséges és hasznos, hanem a voluptarius kiadások fejében is élhet retentióval. Továbbá culpa sem számittatik be neki, persze a litis contestatión túl culpáért is felel. Hogy a jóhiszemű alperesnek a hereditatis petitióval mennyire nem szabad károsulnia, a következő példa mutatja. Tegyük fel, hogy alperes, a jóhiszemű hagyatéki birtokos, valamely a hagyatékhoz tartozó dolgot, pl. tehenet eladott. Az örökös a vevőtől a dolgot az időközben született borjúval együtt rei vindicatióval elperli, a minek az a következménye, hogy ez a vevő az eladó, a hagyatéki birtokos ellen kártérítésért fog fordulni és nemcsak a tehén, hanem a borjú árát is követelni fogja. A jóhiszemű hagyatéki birtokos tehát károsulna, még pedig a borjú árával. Ép ennek elkerülése végett az örökös a vevő ellen csak akkor indíthatja meg a rei vindicatiót, ha a hagyatéki birtokost előre biztosítja, hogy nem fog károsodni. Igy vagyunk a jóhiszemű birtokossal. A rosszhiszemű birtokos úgy tekintetik, mint ha mandatarius volna. Felel tehát culpa levisért is és a mi a visszigényt illeti, az impensae necessariaet is csak akkor és annyiban követelheti vissza, ha és a mennyiben a hagyaték még a per idejében is gazdagítva van. Meg tartozik továbbá téríteni nemcsak a fructus perceptit, hanem a percipiendit is. Míg tehát a jóhiszemű birtokos a hereditatis petitióval szemben jobban áll, mint a rei vindicatióval szemben, addig a rosszhiszemű birtokos helyzete itt rosszabb.

Az örökösnek, a ki a hereditatis petitióval élni akar, első sorban azt kell bizonyítania, hogy ő az örökös. Néha ugyanazt az eredményt interimistikus hatálylyal elérheti rövidebb úton is, a nélkül, hogy örökös voltát be kellene bizonyítania, tisztán azon az alapon, hogy valószinűsíti, hogy ő az örökös. Ha prima facie, a külső valószinűség szerint az örökség valakit illet, ennek alapján ez szintén eléri azt, a mit a hereditatis petitióval elérne, csakhogy

nem maradandó eredménynyel, hanem csak ideiglenesen. A possessor hereditatis ki fogja adni neki a hagyatékot, de az igazi örökösnek fenmarad vele, t. i. a prima facie örökössel szemben a hereditatis petitiója. Ő tehát csak addig fogja megtartani az örökséget, míg erősebb jogú nem jön. Ennek a provisorius eredménynek elérésére két jogeszköz szolgál, t. i. az *interdictum quorum bonorum* és a *missio Hadriana*. Bizonyos esetekben tehát az örökös javára, vagy jobban mondva annak javára, a ki valószinűsiti, hogy ő az örökös, ezen valószinűség alapján a hagyaték birtokosa elmarasztaltatik arra, hogy a hagyatékot adja ki. Igy megkapja a hagyatékot, a ki oly végrendeletet mutat, a mely, úgy látszik, rendben van. Meglehet, hogy a végrendeletnek valami hibája van, de addig is, míg ez kiderül, ő vélelmeztetik örökösnek. Vagy fellép az elhunyt gyermeke. Valószinűség szerint ő az örökös. Várni, míg biztosan kiderül, hogy végrendelet nincs és aztán hereditatis petitióval élni, nagyon körülményes és nehéz eljárás. Ezért a fenti két eszköz sokkal könnyebb, egyszerübb, mert a birónak szabad cognitiójára van bizva, hogy a valószinűséget mikor találja meghozva. De valamint a bizonyitás könnyebb, úgy az eredmény is sokkal gyengébb, csak ideiglenes, interimistikus, míg a hereditatis petitióé végleges. A fenti két eszközzel megkapom ugyan az örökséget, de még az is, a kitől az örökséget kipereltem, visszanyerheti tőlem a hereditatis petitióval. (A petitorium és possessorium közti rendes viszony l. 216. l.) Az lesz a végleges győztes, az igazi örökös, a kinek a hereditas petitiója van. De még ha a másik is az igazi örökös, a míg ez ki nem derül, nálam marad a fenti két eszköz egyikével megszerzett örökség. Ennek az az előnye is van, hogy a megindítandó örökségi perben én vagyok az alperes és így elérem, hogy addig, a míg tőlem ki nem perli, bona fide én húzom az örökség gyümölcseit.

Az *interdictum quorum bonorum* i. adipiscendae possessionis. Eleinte a bonorum possessor védelmére szolgált, később azonban a hereditas (civiljogi örökség) a bonorum possessióval (praetori örökség) egyesülvén, megkapta a heres ép úgy, mint a bonorum possessor, valamint a bonorum possessor is megkapta a hereditatis petitiót. Ekkor már nem a bonorum possessor végleges védelmére szolgált, hanem ideiglenes védelmére a valószinű intestat örökösnek. Az interdictum quorum bonorumot tehát az kapja meg, a ki a maga intestat öröklési jogát valószinűsiti. Ha pl. az elhunyt fia kéri, az könnyen megkapja, mert ő a valószinű örökös, már távoli rokonnak nehezebben adja a biró, t. i. csak akkor, ha valószinűsiteni tudja, hogy közelebbi rokon nincs. A mi az i. qu. b.-ra áll intestat öröklésnél, áll a *missio Hadrianaról* a testat örökös esetében. A ki prima facie helyes végrendeletet felmutat, missio in possessionemet nyer, azaz azt követelheti a hagyatéki birtokostól, hogy adja ki neki a hagyatékot. Az erre szolgáló jogeszköznek neve voltaképen

remedium ex lege ultima codicis de edicto divi Hadriani tollendo. Ezt a furcsa nevet azért kapta, mert Hadrianus császár edictumban rendelte el ezt a jogeszközt, de bizonyos feltételekhez kötötte, igy pl. hogy a végrendelet a biróság előtt nyitandó fel, az örökösödési adó rögtön lefizetendő és az elhunyt halála után 1 éven belül kérendő. Iustinianus ezt a Cod. VI. k. 33. tit.-ában megreformálta (edictum divi Hadriani tollitur) és mindezen korlátok nélkül megadja a röviden ú. n. missio Hadriana-t.

Az örökös tehát vagy mindjárt be akarja bizonyitani a maga örökösi qualitását, akkor hereditalis petitiója van és akkor bele kell neki mennie az alperes által felhozott összes kifogásokba, vagy pedig csak a birtokát akarja a hagyatéknak, a mikor örökös voltát nem bizonyitania, hanem csak valószinüsitenie kell, és a mikor alperes nem is emelhet kifogásokat. A praetor ugyanis prima facie cognoscál, és azért semmiféle komplikált kifogást tekintetbe nem vesz. Ez minden possessoriumnak a sajátja.

A mai jogokban az interdictum quorum bonorum és a missio Hadriana ebben a formában, ezen név alatt ugyan ismeretlen, de azért alapgondolatuk ma is meg van valósitva. Ezt a functiót nálunk és Ausztriában a hagyatéki eljárás végzi. A hagyatéki eljárás nálunk igen sok, mondhatni a legtöbb esetben obligatorius, igy kötelező mindig, ha kiskorú van érdekelve, ha ingatlanról van szó, de még oly esetekben is, mikor nem obligatorius, követelheti az örökös. Czélja pedig az, a mi a római int. quor. bon.-nak és missio Hadrianának. A birósághoz fordulnak, hogy tessék bennünket beutalni a hagyaték birtokába, tessék ránk utalni a hagyaték birtokát attól, a ki jelenleg benne van, még pedig annak az alapján, mert mi egyelőre valószinüsítjük, hogy mi vagyunk az örökösök. Már most az így beszélők vagy egyetértünk, akkor a biróság rajtunk segít, vagy pedig ellenkezünk egymással, és akkor a maga módja szerinti contradictorius eljárás után az utaltatik birtokba, a ki erősebb jogát valószinüsiti. Ezzel a hagyatéki eljárás be van fejezve. Ezzel tehát ma ugyanazt az eredményt érjük el, a melyet a római örökös praetendens a fenti két eszközzel ért el.

A missio Hadriana a maga neve szerint, sőt némileg a maga természete szerint is nehány más misssióra emlékeztet, a melyekről beszélni azonban nem itt van helyén. Ilyen (l. 142. l. és 307. l.) a bonorum possessio vagy *missio ventris nomine.* Ha t. i. az örökös még csak nasciturus, akkor anyja kérheti, hogy a hagyatékba utaltassék és a gyermek születéseig alimentatiót nyerjen. Ilyen továbbá a *missio ex Carboniano edicto.* Ha t. i. valamely lemenő impubes örökösnek ez a minősége tagadásba vétetik, akkor a pert in suspenso kell hagyni, míg pubertasát, perképességét el nem nyerte, addig pedig a hagyaték birtokába utaltatik. Ide tartozik a *m. furiosi nomine.* Ha ugyanis az örökös őrült, sem ő, sem gondnoka az örök-

séget el nem fogadhatja, és azért a praetor a gondnokot a hagyaték birtokába utalja. Ha a tébolyodott később észre tér, nyilatkozhatik, elfogadja-e az örökséget vagy sem, ha pedig mint furiosus hal meg, úgy tekintetik, mintha nem is létezett volna. Ez a három possessorius, interimistikus eljárás ugyan, de azért nem ebbe a fejezetbe való. Megjegyzendő különben, hogy ezeket a birtokbautalásokat a praetor mindig decretum formájában rendelte el esetről esetre, azért egy néven *bonorum possessio decretalisnak* neveztetnek, szemben a praetori edictum rendes bonorum possessiójával, melyről a következő fejezetben lesz szó, és a mely szemben e rendkivüli birtokbautalásokkal *bonorum possessio edictalis* nevet visel.

II. FEJEZET. AZ ÖRÖKJOG KELETKEZÉSE.

161. §. Történeti áttekintés.

Az örökjog dogmatikáját mi a iustinianusi jog szerint adjuk. Hogy azonban ezt teljesen megérthessük, rövid történeti áttekintést kell nyujtanunk. A iustinianusi jog tudvalevőleg hosszú évezredes fejlődés eredménye, a melyben három fokot kell megkülönböztetni. Az első a régi, nemzeti civiljogé, a második a praetorié, a harmadik a császárié. Ezt a fejlődést fejezi be Iustinianus a maga novelláiban. Az institutiókban még nem található meg az egységes reform, ott még vegyesen össze vannak állítva a különböző maradványok. Iustinianus csak a codificatio után szakít a régi rendszerekkel és alapítja azt az újat, a melyet a pandektákban elő kell adnunk.

I. A régi nemzeti jog öröklése a *hereditas.* Ez a szó jelenti egyrészt a hagyatékot, jelenti másrészt magát az öröklés tényét, a melynek tárgya a hereditas, mint hagyaték. A kik pedig az örökjogot külön subiectiv jognak veszik, ezt is hereditasnak nevezik. A hereditas, az öröklés, végment első sorban testamentum alapján, ha ez nem volt, ab intestato bizonyos rendben. Jellemző, hogy a 12 t. t. ezt a rendet úgy fejezi ki: *cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.* Nem azt mondja, hogy ha nincs suus, akkor a legközelebbi agnatus legyen heres, örökös, hanem azt mondja: familiam habeto. Ez a szöveg arra az ősfelfogásra vezet vissza, hogy heres voltaképen csak a suus. Ez *heres suus necessarius*, a szónak kétféle értelmében. Az apa szükségképen ennek a suusnak kell, hogy hagyja az örökséget. (Az persze az apától függ, hogy ki legyen a suusa. Ő a gyereket esetleg fel sem veszi, ius tollendi, vagy ha fel és így familiájába vette, életében is kidobhatja, másnak adván in mancipationem, halála esetére is kilökheti a családból, exsuussá, exheressé teszi. Ezek családjogi kérdések.) Örökös csak a suus. De necessarius heres a suus oly értelemben is, hogy

a mi örökségképen rá száll, az rajta marad, visszautasitási joga nincs. Megkapta ugyan később a praetortól a *beneficium abstinendit*, t. i. ha úgy kérte, a praetor őt nem tekintette örökösnek és az ellene forduló hagyatéki hitelezőktől az actiót denegálta, és így praktice a suus mégis visszautasithatta az örökséget. Ez azonban csak praktice van így, mert ius civile szerint tovább is ő marad az örökös, *semel heres, semper heres*. A suus tehát annyira necessarius heres, hogy vi legis veszi át az örökséget, sem elfogadási, sem elfoglalási actusra nincs szüksége. Ő ipso facto, az apja halálával herusa az örökségnek. (Ilyen ipso facto ú. n. *necessarius heres* a suuson, t. i. a paterfamilias közvetlen hatalma alatt állón kivül a rabszolga is, ha t. i. gyszersmind szabaddá bocsáttatik, a mi Iustinianus szerint az örökös kinevezéssel eo ipso jár, mert különben nincs öröklési képessége. Ez azonban csak oly értelemben necessarius heres, hogy vi legis nyeri az örökséget, ha örökös, nem utasithatja vissza, de nem kell örökösnek lennie, mint a suusnak. Továbbá nem is nyeri a beneficium abstinendit. Rajta a praetor úgy segít, hogy ő csak a hagyaték erejéig szavatol.) A suus és minden más örökös közt különbség van. Mindenki más, ha t. i. suus nincs, nem ipso facto, az örökhagyó elhunytával nyeri az örökséget, hanem csak per acquisitionem, különös elfoglalási actus által, van tehát visszautasitási, repudiationalis joga. Az ilyen örökös *heres extraneus* vagy *voluntarius*.

A régi civiljog mint mondtuk, megkülönbözteti az ex testamento és az intestat öröklést. Vajjon azonban a kettő közt a legrégibb időtől fogva a viszony olyan-e, hogy in idea fő a testat öröklés, és az intestat csak subsidiarius-e, erre nézve a nézetek eltérnek. Az igazi ős alakulat az, hogy ha suus van, mindenképen ő az örökös. A testamentum eredeti functiója nem örök-, hanem családjogi, t. i. a paterfamilias, a mint életében, úgy halála esetére is befogadott és kizárt tagokat a családból. Az idegent herussá, azaz suussá tette, saját gyermekét, unokáját (ha közvetlenül állott hatalma alatt) exherussa, exsuussá tette, kizárta nem az örökségből, hanem a családból és ez által közvetve az örökségből is. Ha suus nincs, t. i. nincs, a ki a paterfamilias közvetlen hatalmában áll, akkor beáll az a rend, a melyet a 12 t. t. emlit, a mely szerint bizonyos személyek (suus hiján a legközelebbi agnatus, agnatus hiján a gentiles) familiam habento, a hagyaték rájuk száll, de csak ha elfogadják és elfoglalják. Kik ezek az agnatusok? Agnatus oly személy, a ki férfi felmenők által van az örökhagyóval összeköttetésben, agnatusok tehát azok, a kik egy paterfamilias hatalma alá tartoznak, vagy tartoznának, ha az még élne. A suus (a paterfamilias saját vagy adoptált illetve arrogált gyermeke, ha emancipálva nincs, felesége, mert uxor in manu filiae loco est, unokája, ha apja meghalt vagy emancipálva van, dédunokája stb., ha felmenőik már nincsenek a paterfamilias hatalma alatt) eo ipso agnatusa is az

örökhagyónak, de technice csak az ezeken kivüliek, kik per virilem sexum vannak az elhunyttal kapcsolatban, neveztetnek agnatusoknak. Agnatus tehát az elhunyt unokája, ha még apja él és emancipálva nincs, egy apától származó testvére stb. A főszabály az agnatio megismerésére, hogy az illető személy és az örökhagyó közt csak férfiak álljanak. Magának az elhunytnak is férfinak kell lennie, mert nőnek sem suusa, sem mint örökhagyónak agnatusa sincsen, mulier est caput suae familiae et finis, vagyis lehet sui iuris, esetleg nem áll másnak hatalma alatt, de neki sem állhat senki a patria potestasa alatt. Ha ilyen agnatus sincs, *cui agnatus nec escit* (eśt helyett), *gentiles familiam habento*. A gentilitas az agnatio oly széles köre, a hol az elhunyttal való összeköttetést fejenkint kimutatni nem lehet, csak annyi ismeretes, hogy az illető az elhunyttal egy törzsből származott, a mire a *nomen gentilicium* mutat. A gentiles praesumált agnatusok. A gentiles öröklése a császárság idején megszünt épen a ság meghatározás miatt.

A 12 táblás törvénynek ez az öröklési rendje sajátszerű szemben a justinianusival és a maival. A suus csoportjában pl. nem örököl az elhunyt saját gyermeke, ha emancipálva van vagy másnak van in adoptionem adva, ellenben örököl az idegen, a ki adoptálva illetve arrogálva van és örököl az elhunyt felesége, az uxor in manu. Ezért mondják *uxor in manu filiae loco est*, bár valójában nem testvére ő a saját gyermekeinek, tehát agnatusa sem. Nem örököl tehát a gyermek az anya után, sem az anya a gyermek után. Furcsa az agnatusi csoport is. Ott első sorban az elhunytnak egy apától való testvérei (germani és consanguinei) örökölnek, már a csak egy anyától közös féltestvérek (uterini) nem. Agnatus lehet ugyan nő is, ha az elhunyttal őt összekapcsolók mind férfiak pl. apja az elhunytnak apai fivére, nagybátya vagy apai unokafivére stb., de már a *lex Voconia* 164-ben a nők hátrányára úgy interpretal, hogy nem minden ilyen agnata örököl az agnatusok rendjében, hanem csak az elhunytnak consangninea sorora, apai nővére, minden más távolabbi kapcsolatú nő, ha per virilem sexum kapcsolódik is az elhunythoz, nem örököl. Ha az apám nővére volna a legközelebbi agnatusom, ez nem örökölne utánam. Ezt a megszorítást Iustinianus eltörölte valószinüleg felesége befolyása alatt.

A 12 táblás törvény öröklését tehát első sorban az jellemzi, hogy a patria potestas a mértékadó. A másik az, hogy csak egyszeres delatiót ismer. A ki a fenti rend szerint hivatalos az örökléshez, az, nem beszélve a suus heresről, ha tetszik, elfogadhatja az örökséget, ha nem tetszik, nem fogadja el. De ha el nem fogadja vagy el nem fogadhatja, mert pl. az örökség megnyilása után meghalt, további delatiónak helye nincs, végig ő marad a delatus. Tehát, ha proximus agnatusom a testvérem, de neki az örökség nem

kell, vagy meghal, mielőtt elfogadta volna, akkor az örökség nem száll távolabbi agnatusra, vagy ha ilyen nem volna, a gentilesre, mert csak egyszeri delatiónak van helye. Tehát sem ugyanabban az ordóban távolabbi gradusnak, sem távolabbi ordónak nem fog az örökség deferáltatni. Ezt úgy fejezzük ki, hogy a 12 t. t.-ben nincsen sem *successio graduum* sem *successio ordinum*. Az egyszer deferált, de el nem fogadott örökség *bonum vacans*, bárki beleülhet és 1 év alatt elfoglalhatja (usucapio pro herede). Maga az elfogadási actus (*aquisitio, aditio hereditatis*), a melylyel az extraneus heres örökössé lesz, a történeti időben már alaktalan, az elfogadást kijelentheti akár szóval, akár hallgatólagosan, ú. n. *pro herede gestio*. Valószinűség szerint azonban régebben az örökség elfogadása formalis ügylet volt, a melynek maradványa a történeti időben is még fennállott, *cretio*. Ez a cretio, a mely ekkor már csak az örökhagyó egyenes kivánságára foglalt helyet, régebben valószinűleg általános volt. Formája az, hogy a deferált az örökséggel megkinált tanuk jelenlétében azt mondta: quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque. Theodosius óta ennek csak akkor volt helye, ha az örökhagyó bizonyos határidő, melynek neve szintén *cretio* vagy *tempus cretionis*, rendesen 100 nap, kitűzésével elrendelte. A szerint, a mint ez a 100 nap az örökhagyó halálától fogva vagy csak attól fogva számítódott, mikor a deferált tudomást nyert arról, hogy az örökség neki nyilt meg, hogy ő a delatus, beszélnek cretio continua és vulgarisról. Más, fontosabb különbség van a *cretio perfecta és imperfecta* közt. Perfecta az, melynél az örökhagyó a maga kivánságát oly sanctióval látta el, hogy ha a delatus nem cum cretione foglalná el az örökséget, exheres esto, és helyébe a substitutus lép. Ha ez a sanctio nem volt meg, akkor a delatus sine cretione is elfoglalhatta az örökséget, de akkor a substitutus társörökösévé lett. (Marcus Aurelius ezeket a szabályokat megszüntette.) Akármilyen formában történt a deferált örökség elfogadása, annak feltétel vagy más kikötés nélkül kellett történnie, mert *semel heres semper heres*. A ki az örökséget így elfogadta, a hagyatéki birtokos ellen, hereditatis petitióval élhetett.

162. §. Történeti áttekintés (folytatás).

A civiljogi örökléstől majdnem minden vonásban különbözik az az öröklés, a melyet a praetori edictum mutat. A praetori edictumnak ide vágó tétele ránk maradt. Ennek a szövege alapján combináljuk ki a praetori öröklés kezdetét és fejlődési menetét.

A' praetori öröklés világában nem hereditasról beszélünk, hanem *bona*-ról. Ez jelenti az örökséget, a hagyatékot, a melyet a civiljog a hereditas és familia szavakkal jelez. Az öröklés maga *bonorum possessio*, az örökös bonorum possessor. Minden valószinűség

szerint ez a praetori öröklés nem egy nap műve, hanem igen óvatos kezdetekből fejlődött. A praetori edictum itt is a rendes stadiumokon ment keresztül. A ius civilevel eleinte nem helyezkedett ellentétbe, iuris civilis adiuvandi causa intézkedett, később már a hézagait kezdegette kitölteni, a hol a ius civile nem intézkedett, ott ő intézkedik és csak századok gyakorlat után merészkedett a civiljoggal ellentétbe helyezkedni. Hogy ez a praetori öröklés menete, abban minden iró megegyezik, de már a részletekben eltérnek. Legvalószinübb az a nézet, a melyet *Leist* a Glück-féle commentárban a dig. 37. és 38. könyvéhez irt öt kötetében fejtett ki. Az ő theoriája szerint a bonorum possessio kezdetben azoknak a támogatására szolgált, a kik a ius civile szerint örökösök voltak, de nem ipso facto nyerték el az örökséget, hanem elfoglalási actusra volt szükségük. Ilyenek az agnatusok, gentilisek vagy végrendelet esetében, minden nem suus, szóval a heredes extranei vagy voluntarii. Ezek, ha az örökségbe akarták magukat helyezni, birói jogsegélyre szorultak. (Ezt az osztr. polg. tk. ma is vallja, szerinte az örökös egyáltalában nincs jogositva magát az örökségbe helyezni, hanem csak hagyatéki tárgyalás után.) Ilyen heres voluntariusnak adta a praetor a felhatalmazást, hogy az örökségbe helyezze magát és segélykép megadta neki az interdictum quorum bonorumot. Ezt az esetet az edictum, melynek szövegét Ciceronak in Verrem-je tartott fenn számunkra (II. 1. cap. 45. §. 117) úgy fejezi ki: *si de hereditate ambigitur*, kétes pedig akkor volt a helyzet, ha nem volt suus. Ilyenkor volt tehát helye bonorum possessiónak és vele kapcsolatos interdictumnak. A czélja ennek az volt, mint a források mondják, ne diutus bona vacua iacerent, hogy a hagyaték sokáig gazdátlanul ne heverjen. A praetor ezt a hagyatéki birtokot tehát azért adta, hogy az örökséget az örökös igénybe vegye, de, és ez a lényeges, csak annak adta, a ki valószinűsitette azt, hogy ius civile szerint ő az örökös. Ha ketten jöttek, az egyik mint végrendeleti örökös, a másik mint agnatus, akkor az kapta, a ki végrendeletre hivatkozott. Az azonban, hogy a praetor valakinek megadta a bonorum possessiót, nem zárja ki, hogy az, ki magát örökösnek hiszi, vagy az is, hereditatis petitióval fel ne lépjen és ha örökös voltát be tudja igazolni, a bonorum possessor engedni kénytelen. Utóbbinak csak *bonorum possessiója sine re* van. Így megadta pl. a praetor a bonorum possessiót a következő esetben: A civiljogi örökös a proximus agnatus nem jelentkezik, nem kéri a praetortól a bonorum possessiót. Ez esetben, ha a praetor közbe nem lépne, akkor a proximus agnatus örökké örökösjelölt volna ugyan, neki marad a hereditas deferálva, de azért a hagyaték mégis uratlanul heverne. Hogy ez meg ne történjen, ne quis sine successione moriatur, a praetor a proximus agnatus delatusságának fentartásával a hagyaték birtokát megadja a távolabbi fokú agnatusnak, ha ez bizonyos időn belül nem jelentkezik, a gentilisnek. A praetor megtartja tehát a civiljogi rendet és

így adja a bonorum possessiót, de csak ideiglenesen. Ha t. i. a civiljogi örökös meggondolja magát, el fogja perelhetni a javak birtoklását. A praetor tehát egyrészt a valószinű örökösnek adja a bonorum possessiót, másrészt pedig, ha az előtte is ismeretes civiljogi örökös nem kérné a hagyatékot, megadja a távolabbi civiljogi örökösnek. Ez utóbbi esetben a praetor már szembe helyezkedik a civiljoggal, de a candidatusok tekintetében még semmit sem újított, újítás csak az, hogy megadja birtokot annak, kinek az örökség deferálva nincs, de deferálva volna, ha közelebbi rokon nem volna. A praetor birtokbautalása még nem adta meg véglegesen az örökséget, a bonorum possessor csak sine re volt, a valódi heres őt kiszoríthatta. Ennyiben a praetori edictum successorium a heresre veszélyes nem volt, de veszélyessé lehetett, a civiljog elismerte *usucapio pro herede* kapcsán. Ha t. i. valaki a hagyatékot egy évig zavartalanul birtokolta, az év multával az el is birtokolta, örökössé lett. Ily módon, ha a bonorum possessorral szemben a heres egy esztendeig nem jelentkezett, előbbi lett civiljogilag is örökössé. A praetor tehát indirekte kényszert gyakorolt a heresre, hogy egy esztendő alatt jelentkezzék. A kezdetleges praetori beavatkozásból tehát oda fejlődött a dolog, hogy bár praetor heredem facere non potest, in factum mégis csinál örököst. A praetor felállítja az *edictum successoriumot* a következő egymásutánban. Azt mondja, megadom a bonorum possessiót annak, a ki testamentumot tud felmutatni, ha bizonyos időn belül jelentkezik. Ez az idő ascendensekre és descedensekre nézve egy annus utilis, mindenki másra 100 utiliter számított nap attól fogva, hogy az illető az örökhagyó haláláról tudomást szerzett. Ha ezen időn belül valaki civiljogi testamentumot felmutat, megkapja a bonorum possessiót. Ha ez az idő elmulik, akkor másod sorban az intestat örökösök jönnek, még pedig először a proximus agnatus, másodsorban a távolabbi agnatusok fok szerint, és ha 100 nap alatt ilyen sem jelentkezik, a gentiles. Ez az edictum, melyet a források említenek. De már Cicero, a ki ezt a szöveget közli, hozzáteszi azt a clausulát, hogy ha sem testamentum alapján, sem az indestat nem jelentkezik senki a kellő időn belül, akkor, így szól a praetor, si qua mihi iusta causa videbitur, megadom másnak is a hagyatéki birtokot. Ezt tehát még mindig iuris civilis supplendi gratia teszi. Ekkor fejlődött ki a bonorum possessio cognatorum, unde vir et uxor. Mikor a praetori hatalom megerősödésével a praetor a jog egyéb terein is fel mert lépni contra ius civile, akkor ezeknek az eleinte bonorum possessiót csak iuris civilis supplendi gratia nyerhetőknek, a ius civile ellen is megadta a hagyatékot. Megjött az idő, a mikor a praetor ezeknek a bonorum possessoroknak úgy adta meg a hagyatékot, hogy ha később a heres hereditatis petitióval lépett fel ellenök, czélt nem ért, mert a bonorum possessor exceptiójával visszaverhette. A bonorum possessor megtartotta a hagyatékot, nem sine

re, hanem *cum re* van *bonorum possessiója.**) Csak ekkor lehet valóban praetori örökösről beszélni, csak akkor van praetori öröklési rend. Kik ezek a személyek, a kiknek javára a praetor ezt az exceptiót megadta? Ilyen első sorban az emancipatus. A praetor méltányosnak találta, hogy az emancipatus a suusokkal együtt örököljön. Ha már most az emancipatus megkapta a bonorum possessiót pl. suus híján egyedül, hiába lépett fel a proximus agnatus a hereditatis petitióval. Ez a praetori öröklés harmadik stadiuma, a bonorum possessio iuris civilis corrigendi gratia adatott meg. Ez a stadium a Kr. u. második század közepén van befejezve, úgy hogy azt lehet mondani, az Antoninusok, sőt nagyjában már az edictum perpetuum idejében a civiljogi öröklési rendszer mellett külön praetori rendről is lehet beszélni. Ez odáig fejlődött, hogy Iustinianus idejében már bonorum possessio sine re alig van. A praetori rend a civilis öröklést teljesen kiszorította, illetve magába felvette.

Az így kifejlődött praetori öröklési rend a következő: Első sorban jön végrendeleti örökösödés. Ha végrendelet van, akkor először is 100 napig vár a praetor, nincs-e valaki, a ki contra tabulas testamenti végrendelet ellenére kér örökösödést, mert ha valaki a végrendelet ellenére való örökösödési igényét igazolni tudja, a miről később lesz szó, az idézett edictum primum edictuma szerint ez kapja meg az örökséget. Ha contra tabulas senki sem jelentkezik, akkor másodsorban a végrendeleti örökös kapja a bonorum posses-

*) A bonorum possessor ily módon a praetortól bonitar tulajdont nyert a hagyatéki dolgokra. Ha bonitar tulajdon alatt (l. 228. l.) csak a szerzésmód hibás volta miatt nem szerzett quiritar tulajdont értjük, akkor a bonorum possessio természetesen nem bonitar tulajdon (l. 230. l.), a mint hogy voltaképen a bonorum possessio mint örökösi helyzet, egyáltalában nem önálló, sui generis jog. Hogy a bonorum possessornak, qua ilyennek interdictum quorum bonoruma van, az nem teszi a b. possessiót sui generis joggá, mint a hereditast sem teszi azzá a hereditatis petitio. A bonorum possessornak tehát a hagyatékra nincs bonitar tulajdona, de már az egyes hagyatéki tárgyakra igen, mert hiszen az oly alperes ellen, a ki sem pro herede, sem pro possessore nem birja a dolgot, nem fordulhat az interdictum quorum bonorummal az ellen singularis keresettel, actio Publicianaval, kell fordulnia. Ily értelemben módosítandók a 230. l. második bekezdésében mondottak. Ugyancsak a bonitar tulajdonra vonatkozólag a 229. oldalon kijavitandó, illetve kihagyandó alulról számítva a 20. sortól (A Publiciana stb.) a 14. sorig (régebbi); helyébe teendő a 273. l.-ról a 3. bekezdés 8. sorától (Ha a birtokos) 16. soráig (actióját), de úgy hogy bonae fidei possessio helyett mindenütt bonitar tulajdon olvasandó. Ugyancsak itt akarok arra utalni, hogy a Publiciana actióra nézve is látszólag ellenmondások találhatók könyvemben. Egyik helyt in ius, másikon in factumként van feltüntetve. Ez úgy értendő, hogy valóban in ius van concipiálva, de mert számára az edictumban állandó schema proponálva nem volt, és a praetor esetről esetre, in factum, concipiálta a formulát, in factumnak is nevezik. Itt az in factum név nem az intentio szövegezésére vonatkozik, mert a Publiciana intentiója in ius van concipialva, ezért a rendes igazi in factum actióktól megkülönböztetendő, az ilyen esetről esetre kiadott, de in ius concepta actiókat, *in factum civilis* actióknak nevezik.

siót, de csak sine-re. Ha 100 napon belül ilyen sem jelentkezik, akkor a praetor megnyitja a bonorum possessio intestatit. Ebben az az edictum perpetuum idején a sorrend már nem az, a melyet a 12 táblás törvény mutat. Uj sorrend keletkezett, mely felöli ugyan a ius civile szerinti sorrendet, de azt tetemesen kibővíti. Jelesül első sorban 1. évig az *unde liberi* osztályából valók jelentkezhetnek, másodsorban az *unde legitimi*, értve ezek alatt a 12 táblás szerinti örökösöket, ezek nem jelentkezése esetén az *unde cognati*, végül *unde vir et uxor*. A bonorum possessiót a praetor tudvalevőleg az extraneus heres, nem a suus számára hozta be. Tényleg a praetor a hol az edictum unde legitimiről beszél, kezdetben csak az agnatust és gentilist említi. Később, mikor az emancipatusnak is megadta a bonorum possessiót, nem adhatta azt kizárólag neki, meg kellett adnia a suusnak is. E kettő együtt alkotta az unde liberi osztályát. De ha egyszer ide bevette a sunst, be kellett vennie az unde legitimi osztályába is, úgy hogy a suusok úgy az első osztály, mint a második osztály terminusában jelentkezhettek.

Így fejlődött a praetori öröklés, a mely szintén universalis successio, de persze az örökös védelmi eszközei a bonorum possessort csak utiliter illetik meg ficto se herede. Mint universalis successor a singularis keresetekkel is élhetett, persze megint csak fictióval, si heres esset. A hagyományosok és egyéb hitelezők fordulhatnak ellene, de csak fictitia actio segélyével. Ezek perjogi különbségek. In merito különbség nincs. A ~~megszerzési actus ellen~~tétben a hereditasénak formátlanságával formai volt, a praetorhoz ~~írásbeli kérvényt~~ kellett beadni, *petitio, agnitio bonorum possessionis*, ~~a mire a praetor~~ *datio b. p.* útján megadta. Ismerte továbbá a praetor szemben a civiljoggal a successiót úgy az ordókban, mint a gradusokban, a mint ez különben a fejlődés menetéből is kitünik.

Iustinianus idejében tehát a praetori öröklés a mérvadó. A civiljogi öröklés is érvényesült ugyan, de csak abban a sorrendben, a melyben az edictum praetoriumban szerepelt. Ha tehát az emancipatus ellen az agnatus kérte az örökséget, visszautasíttatott, ellenben, ha suus lépett fel, osztozkodott az emancipatussal. Megvan ugyan a civiljogi és praetori öröklés dualismusa, de teljesen rendezve a praetor által. Ehhez hozzájárult a későbbi császári jog, a mely a régi civiljogot fejlesztette tovább, megadván Hadrianus idejében a *SC. Tertullianumban* az anyának a gyermeke, Marcus Aurelius idejében pedig a *SC. Orphitianum* alapján a gyermeknek az anyja utáni öröklést. Igy az anya, illetve a gyermek a legitimi osztályába került, holott ezelőtt csak a cognatusok osztályába tartoztak.

Ezt a hármas eredetű jogot tünteti fel Iustinianus codificatiója. Csak később novelláiban vonja le az 1000 éves fejlődés sommáját és életbe lépteti egységes új örökjogot. A justinianusi 118-ik és 127-ik novella óta csak egy öröklési rend van, a justinianusi. Más

az intestat örökösök rendje, más a végrendelet formája, és más a szükségjog, mint azt később látni fogjuk. Tartalmilag a justinianusi örökjog részben a praetornak, részben a civiljognak gondolatait valósítja meg, de alakilag egységes új. Ez óta mindegy, hereditasnak, vagy bonorum possessiónak nevezzük-e az öröklést. Régi értelmében egyik név sem áll, csak nem technice, vagy mondjuk, új s modern technikus értelemben beszélünk hereditasról. Előfordul ugyan néha a bonorum possessio név is, pl. fentartja a bonorum possessio unde vir et uxor-t (ez a legfontosabb eset), de hogy ennek nevezi, voltaképen pongyolaság, használja a helyett, hogy azt mondaná, végső sorban én is a praetorhoz hasonlóan a férjnek, illetve a feleségnek adom a hagyatékot. Másik idevágó eset az, hogy Iustinianus megtartotta a praetornak azt a rendelkezését, hogy bonorum possessio secundum tabulast adott, ha az egyszer revocált végrendelet a helyette készítettnek revocálásával ismét életbe lépett, a mi a civiljog szerint érvénytelen volt. Iustinianus is úgy fejezi ki magát, hogy bonorum possessio secundum tabulast ad ilyenkor. Tartalmilag azonban ez ép oly öröklés, hereditas, mint minden más secundum tabulas öröklés.

163. §. Az örökjog keletkezése általában.

Az a tényállás, hogy valaki örökössé legyen, több tényből alakul össze. Először is szükséges, hogy az örökhagyó meghalt vagy holttá nyilvánított legyen. *Viventis nulla hereditas.* Másodszor szükséges vagy az elhunytnak a maga módja szerint nyilvánított akarata (végrendelet, szerződés), vagy az elhunythoz való bizonyos, rendszerint rokonsági, családi kapcsolat. Lehet ez a kapcsolat nem családi is, pl. az államhoz, a hadtesthez való viszony, mert tudvalevőleg bizonyos esetekben az állam, katona után hadteste örököl. Lehet más is, pl. a patronus és libertinus is örökölnek egymás után. Az örökhagyó halálán kivül e két tény közül az egyiknek fenn kell forognia és szerintük beszélünk *törvényes (intestat) és végrendeleti öröklésről.* De még ez a két tény sem keletkezteti az örökjogot, ez csak arra elegendő, hogy előálljon az az állapot, melyet a római jog defertur hereditasnak, *delatiónak* nevez. Ez csak arra elegendő, hogy az örökség megnyiljon, azaz arra, hogy a jogosult, a candidatus személyt feljogosítsa arra, hogy egyoldalú actusa által az örökséget elfoglalja. *Delata hereditas est, quam quis potest adeundo consequi.* Ez tehát csak örökösjelöltté tesz. Maga az öröklés csak azzal a harmadik ténynyel áll elő, hogy a deferalt személy a maga módja szerint kijelentse, hogy az örökséget akarja is. Ezt össze lehetne hasonlítani a contractussal. Van ajánlat, a delatio, de a joghatás csak az elfogadással áll be. Ez azonban csak képlet. Az elhunyt és az örökös közt nincs szerződés, mint a hogy azt az észjogászok valaha feltüntették, nem szerződés azért, mert az örökhagyó akarata

t. i. a végrendelet, és az örökös elfogadása nem egymáshoz irányitott akaratnyilvánitások, itt két successiv egyoldalú ügylettel (intestat öröklés esetén csak 1-gyel) van dolgunk, nem egy kétoldalúval.

Ez a hármas tényállás csak nagyjában áll, mert bizonyos személyek, az ú. n. *heredes domestici v. necessariinél* az utolsó tény, az elfogadás ténye elesik, illetve a delatióval összeesik. Ezeknél csak két stadium van. Minden más esetben azonban megszerzés is szükséges. Míg ez meg nem történt, addig örökös nélküli hagyatékkal van dolgunk. Örökösjelölt van, de örökös nincs. Még megjegyzendő, hogy a delatio sem esik szükségkép össze az örökhagyó halálával, bár rendesen így van. Pl. feltételes örökös rendelés van. Ez esetben a delatio csak a feltétel beálltával áll elő.

Az örökhagyó halálától a megszerzés, az elfogadás pillanatáig hosszú út lehetséges. Ez alatt az idő alatt *hereditas iacet*. (A hereditas iacens nem forrásszerű kifejezés, ép úgy, mint nem az a delatio hereditatis kifejezés sem.) A hereditas iacensre nézve már most előáll az a sokat vitatott, bár sehogyan sem praktikus kérdés, hogyan kell felfogni? Alanytalan vagyon-e ez? Vagy ha van alanya, ki az, az örökös-e vagy még az örökhagyó, vagy ha egyik sem, nem-e valamely fictiv személy, szóval nem-e jogi személy a hereditas iacens? Az bizonyos, hogy az örökhagyó nem alanya, mert hiszen meghalt. Nem kevésbbé bizonyos az sem, hogy az örökös sem az, mert hiszen ő csak az acquisitióval lesz a hagyaték ura. Igaz, hogy ekkor úgy tekintetik majd, mintha már ab ovo lett volna a hagyaték ura, de azért most ő még sem ura. Hátramarad tehát az a nézet, hogy a hereditas iacens jogi személy. Ez azonban nem magyarázat, mert maga a jogi személy is fölötte kétséges existentia.*) A hereditas iacens helyes elmélettel senkié, alanytalan, de épen mert az, nem szabad hozzányulnia senkinek, ép úgy mint a res publicae is senkiéi, de azért még sem occupálhatók. Velük szemben oly magatartást kell tanusitani, mint ha valakinek tulajdonában volnának. A hereditas iacens senkié, de nem mindenkié, nem occupálható, legfeljebb elbirtokolható (usucapio pro herede), de már Hadrianus idejében ez sem lehetséges, sőt

*) L. 40. l. Az ott kifejtett eredménynyel teljes ellentmondásban van az, a mit a testület cselekvési képességéről és organumairól a 175—176. l.-on mondtunk. Ennek magyarázata az, hogy a 40. s köv. lapokon Schwarz nézetét fejtettük ki, holott a testület és alapitvány tanát Gierke és Regelsberger alapján adjuk. Míg utóbbiak szerint a testületnek igenis van cselekvőképessége, addig az uralkodó nézet és különösen a Schwarz theoriája szerint nincs, azon egyszerű és világos érv alapján, hogy cselekedni csak ember cselekedhetik, cselekményi joghatást is csak ő érhet el. Hogy a testületnél az egyes akarata más lehet, mint a mit a testület akaratának nevezünk, egyszerűen azt jelenti, hogy a többség akarata érvényesül. A testület akarata tehát nem egyéb, mint a tagok többségének akarata. Minthogy ez az elméleti eltérés az ott tárgyalt positivumokon nem változtat, a tanulásban remélhetőleg nagyobb akadályt nem okoz.

Marcus Aurelius óta hagyatéki tárgynak elsajátitása delictum (*crimen expilatae hereditatis*).

A justinianusi jogban tehát kétféle örökös van. Olyan, mely csak elfogadással lesz azzá, a ki tehát előbb örökös jelölt és olyan, ki már a delatióval, ipso iure lesz azzá. Az ipso iure hatályt voltaképen a beneficium abstinendi megszünteti, úgy hogy effective mindkét örökös ex sua voluntate az. A delationalis és ipso iure rendszerek az újabb törvényhozásokban is megvannak. Az osztrák jog Erbserklärung-ot kiván, a hazai jog az ipso iure öröklést ismeri. De lege ferenda nagy vita van e tekintetben az irodalomban. Az ipso iure öröklést azzal védik, hogy mellette hereditas iacens nincs, a helyzet egyszerübb. Ez nem egészen áll, mert hisz a míg az ipso iure örökösnek módjában van az örökséget utólagosan visszautasitani, mégis csak provisorium lesz. Aztán meg az ipso iure örökléssel gyakori az „ismeretlen örökösök" kategoriája, a kik helyett per esetén azok gondnoka ellen kell fordulni. In praxi pedig egész mindegy, a hereditas iacenst perelem-e, vagy az „ismeretlen örökösök" gondnokát. Különbség a két rendszer között főleg csak a passiv viselkedés esetén van. A római jogi aditionalis rendszerben a spatium deliberationis elteltével a hallgató örökösjelölt örökre elveszti az örökséget, az ipso iure öröklési rendszereknél örökre az övé marad. Összefügg különben a rendszer kérdése azzal is, vajjon az örököst elvileg csak ad vires hereditatis kötelezzük-e, vagy ultra vires is? Nálunk az előbbi áll, consequens tehát az ipso iure öröklés.

A fentebbiekben láttuk, hogy a delatio tényalapja az örökhagyó halálán kivül kétféle lehet, vagy az örökhagyó akarata, vagy ex lege az örökhagyóhoz való bizonyos viszony. Rendszerint harmadik delationalis alapot is szoktak emliteni, az ú. n. *szükség öröklést* vagy végrendelet ellenére való öröklést. Ez utóbbi azonban valójában nem külön alap. Ez a szükségöröklés kétféle: 1. *alaki mellőzhetetlenség*, 2. *köteles részi (anyagi) szükségöröklés*. Az alaki mellőzhetetlenség abban áll, hogy bizonyos személyeknek benne kell lenniök a végrendeletben Ez nem külön delationalis tényállás. Hisz akkor külön alap volna az is, hogy nagybátyám (legközelebbi rokonom) örököl azért, mert a végrendeletemnél 7 tanu nem volt. A mint a 7 tanu, vagy a heredis institutio a végrendelet alaki kelléke, úgy az is csak az, hogy bizonyos személy nevének elő kell a végrendeletben fordulnia. Ha ez az alaki kellék fenn nem forog, akkor ex lege áll be az öröklés, nem pedig külön alapon. A köteles részi jogot illetőleg a helyzet kétféle. A köteles részre jogosult vagy semmit sem kapott, a mikor is querela inofficiosi testamentivel a végrendeletet megdöntheti (mások szerint a novellaris jog szerint ez ipso iure semmis, és igy a köteles részre jogosultnak hereditatis petitiója van) és beáll az öröklés ab intestato, ex lege, — vagy kapott valamit, de portio debitájánál kevesebbet és

ez esetben heres ex testamento a kapott tekintetében, a köteles részt kiegészítő rész tekintetében pedig actio suppletoriájával (actio ad supplendam portionem debitam) praelegatumot kap.

Eredményünk tehát az, hogy a delatiónak csak két alapja van: testamentum és lex. (Windscheid a hármas, Unger, Arndts a kettős beosztást követi.) Voltaképen a testamentarius öröklés is ex lege áll be, jogszabályon alapul, a végrendelet is jogtételt állít fel, melyet a jogrend eleve elismer. A testamentum rendelete dispositiv jogszabály, az törvényes öröklés subsidiarie. E felfogással szemben, hogy t. i. a végrendeleti öröklés is a törvény erejénél fogva áll be, az észjogászok azt állítják, hogy a testamentum a prius. (Kant szerint a testamentum jogtörténeti oka a tulajdonjog, és a törvényes öröklés csak annyiban jogosult, a mennyiben az elhunytnak valószinű akarata. Szerinte a törvényes öröklés quasi praesumált végrendelet.) Az észjogászok ez az okoskodása helytelen. A történet tanusága szerint mindenütt a törvényes öröklés a prius. Mutatják ezt az ázsiai jogtörténetek (Mayr Aurel: Das indische Erbrecht) ép úgy, mint az európaiak. Nálunk az országbirói értekezletig csak a szerzeményi vagyonról lehetett végrendelkezni. Hogy a római jogban is így lehetett, nagyon valószinű, a mint azt Karlowa, Hölder és mások próbálják bebizonyitani. Az ősi vagyon, a familia az ipso iure a suusé volt, qui etiam vivo patre dominus existimatur és csak a szerzeményi vagyon a pecunia volt valószinűleg az, melyről a paterfamilias rendelkezhetett. A 12 táblás törvény is csak a pecuniára nézve szól a végrendeletről (uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto). Törvényes örökléssel mindden primitiv nép jogában találkozunk, végrendelettel, a mai értelemben, csak a rómaiaknál. Már ezért sem lehet az intestat öröklés az elhunyt praesumált akarata. De ellene szól ennek a felfogásnak még számos más körülmény is. Pl. az elhunyt kijelentette, hogy mit akar, vagy végrendeletet csinált, a mely azonban hibás, be fog állani a törvényes öröklés, holott bizonyos, hogy nem az elhunyt akarata. Vagy ha csecsemő, őrült hal meg, szó sem lehet róla, hogy valami öröklési rendet akartak volna. A praktikus következmények ellent mondanak e theoriának. Ellentmond neki továbbá a *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* szabálya is. A római jog szerint az öröklés vagy ex testamento vagy ab intestato nyilik meg, egyik a másikat kizárja. Úgy senki sem halhat meg, hogy öröksége egy részét végrendeleti, a másikat törvényes örökösök nyerjék. Ha már most valaki tudatosan csak vagyona egy részéről disponál végrendeletében, a többiről meg nem intézkedik, igen valószinű, hogy a nem disponált részben a törvényes öröklési rendbe nyugodott bele. És mégis mi történik? A nem disponált részt nem a törvényes örökösök kapják, pedig itt tényleg ez volna az elhunyt igazi akarata, hanem megkapja az, a ki a disponált részt kapja. Végeredményünk tehát az, hogy

az elhunyt akarata csak akkor mértékadó, ha végrendelet formájában van kijelentve. A praesumált akarat sem a végrendelet mellett, sem annak hiján nem jő tekintetbe. Tapasztalatszerüleg is különben az emberek nem azért szoktak végrendelkezetlenül meghalni, mert belenyugodnak a törvényes öröklésbe, hanem vagy azért, mert nincs semmijök, vagy mert nem törődnek a jövővel, hol meg babona, leggyakrabban meg a hozzá nem tudás — ezek azok az okai annak, hogy a legtöbb ember nem végrendelkezik. Arról, hogy az elhunyt a törvényes öröklési renddel való megelégedése miatt nem végrendelkezik, legfeljebb akkor lehet szó, ha az örökhagyónak gyermekei vannak.

De ha a törvényes öröklést nem is lehet az örökhagyó praesumált akaratára visszavezetni, ez a nézet mégsem egészen alaptalan. Annyi igaz, hogy de lege ferenda, ha arról van szó, hogy miféle törvényes öröklési rendet állitsunk fel, a mértékadó szempont az, hogy az átlagos tisztességű emberek zöme tapasztalatszerűleg mit szokott akarni. Ha a törvényhozó nem ebből indulna ki, akkor ellentétbe helyezkednék a közérzülettel és ép azért, mert az emberek még nem igen szoktak végrendelkezni, meg lehet kivánni a törvényhozótól, hogy helyettük gondoskodjék a hagyatékról. Mint legislativ politikai zsinórmértéket ezt a gondolatot elvetni nem szabad.

A római végrendelkező nép volt, a minek egyebek közt az is a magyarázata, hogy Rómában középosztály nem volt, a vagyonos osztály pedig ma is végrendelkezik. Így ma is a leginkább végrendelkező nép az angol és az amerikai. Legare super familia pecuniave a római embernek becsületbeli kötelessége volt, beszéltek testamenti diligentiáról, mint a paterfamilias kötelességéről. Hogy mennyivel fontosabb volt náluk a végrendeleti öröklés, mutatja az is, hogy a törvényes öröklést intestatnak, végrendelet nélkülinek hivták. Lassalle az egész különbséget a római és german jog közt ebben foglalja össze. Összefügg ez különben a rómaiak életével, szokásával is. A végrendeletben első sorban kellő eltemettetésükről gondoskodtak. A végrendeleti örökös vagy hagyományos vezette a gyászkiséretet, a forumon dicsbeszédet mondott. Cicero büszkélkedik vele, hogy vagy két milliót harácsolt össze igy legatumokban.

A végrendeleten és törvényes öröklésen kivül beszélnek még harmadik delationalis alapról is, t. i. az *öröklési szerződésről*. A római jogban egészen Iustinianusig ez az öröklési szerződés ismeretlen, illetve tilos volt. A de inutilibus stipulationibus (Inst. III. 19.) titulusban ez is fel van sorolva mint érvénytelen szerződés. A rómaiak abból indultak ki, hogy a suprema voluntas szabad legyen. Csak a középkor teremtette meg voltaképen, különösen a kánonjog befolyása alatt, az öröklési szerződést. Már a német polgári törvénykönyv minden határ nélkül elismeri. Teleszky javaslata az öröklési szerződést a házastársakra vagy jegyesekre korlátozza.

Maga az intézmény nem római, de kifejlesztése a római jogászok uralma alatt állott. Különösen egy vitakérdés érdekes ez intézmény tanában. *Hartmann* Zur Lehre von den Erbveträgen czímű művében azt igyekszik kimutatni, hogy az öröklési szerződés nem sui generis örökös kinevezési szerződés, hanem két külön jogügyletből előálló complexum. Van benne közönséges testamentum, de minthogy ez visszavonható jogügylet volna, azért ehhez a testamentumhoz szerződés kapcsolódik, melyben a testáló visszavonási jogáról lemond: *Erbeinsetzungs-Widerrufsvertrag.* Ez a thesis kissé paradox és a felek akaratának nem felel meg; hiszen ilyen módon minden szerződést fel lehetne bontani két részre, de a maga következményeiben, a constructióból folyó tételek tekintetében tényleg jobban talál minden más constructiónál. Így pl. az folyik belőle, hogy az örökös kinevezésnek az ú. n. öröklési szerződésnél is a testamentum formái szerint kell megtörténnie, holott az uralkodó nézet szerint, mint minden szerződés, ez is alaktalanul volna köthető. E szerint a pubertast elért kiskorú ilyen szerződése az uralkodó nézet szerint érvénytelen volna, mert nem szerződésképes, bár végrendelkezési képessége testamenti factio activája van, Hartmann szerint ép ezért érvényes. Az öröklési szerződésről egyéb mondanivalónk nincs.

A végrendeleti és törvényes öröklés közt a viszony, mint már érintettük, az, hogy a végrendeleti örökösödés a törvényeset merőben kizárja. Ha valaki után végrendelet alapján történik a delatio, az többé törvény alapján nem történhetik. Mindenki után csak egy alapon történhetik a delatio. Így pl. ha két önálló végrendelet van, a melyek közül az előbbiben a vagyon egyik feléről, az utóbbiban a másik feléről van gondoskodás, akkor is csak az utóbbi végrendelet áll meg, de nemcsak a vele elintézett vagyonfélre, hanem az egész vagyonra vonatkozólag. Mert *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.* Ha a végrendelkező a vagyon egy részéről gondoskodott, a másik részre nem áll be a törvényes öröklés, hanem ú. n. *accrescentia*-nak lesz helye, a ki a vagyon egyik felét kapja, kapja az egészet. Ez az elv, melyet a római jog szigorúan keresztülvisz, de csak formailag. Tartalmilag, eltekintve attól, hogy a katonákra nézve nem, hanem csak in paganis, a civilekre vonatkozik, tényleg gyakran meg van törve. Pl. a szükségörökös gyermek megtámadja a végrendeletet, melyben két örökös van kinevezve. Képzelhető, hogy az egyikkel szemben elveszíti, másikkal szemben megnyeri a pert. Ilyenkor valójában van ex testamento és ab intestato örökös van. Hasonlóan, ha az elhunyt végrendeletében vagyonának csak egy részéről intézkedik, akkor mint mondtuk az accrescentia áll be, az, ki az elintézett részre van kinevezve, az egész örökséget kapja. Épen ez folyik a nemo pro parte elvéből. Igen ám, de megkapja akkor is, ha az örökhagyó nem is akarta neki az el nem intézett részt juttatni, a mi valamiből pl. régebbi végrendeletből kitünik. Ez esetben ezt a részt az örökös

mint fideicommissaria hereditast ki kell hogy adja, úgy hogy valójában nemo pro parte formai fentartása mellett még sem kap többet.

Miért állítja fel a római jog a nemo pro parte elvet? Ez rendkivül vitás, bár semmiképen sem fontos kérdés. A források szerint, a testat és intestat öröklés közt naturalis pugna van. Ez nehezen érthető képlet. Némelyek az interpretationalis művészetnek tulajdonítják, a mely a XII. t. t. alapján fejlődött. E szerint „si ab intestato moritur“ azt jelenti, hogy teljesen végrendelkezetlenül halt meg, mert ha részben végrendelkezett, már nem intestat. Mások fogalmi kényszernek tulajdonítják. Ismét mások czélszerűségi okokat keresnek. Így azért állana fenn csak az utolsó végrendelet, mert több végrendelet mellett a helyzet igen zavaros volna, ezért kivánatos, hogy az elhunyt akarata egy actusban nyilatkozzék. Hogy pro parte miért nem lehet végrendelkezni, e szerint szintén praktikus értelmezési kérdés volna, mert nem tudhatni, hogy a többire a törvényes öröklést akarja-e, vagy a dispositiót későbbre akarta-e fentartani. Ezért ezzel a szabálylyal a népet arra akarják kényszeríteni, hogy az egészről egyszerre intézkedjék.

164. §. Delatiót keletkeztető tények. I. A végrendelet.

A végrendelet (testamentum) egyoldalú, visszavonható jogügylet, a mely örökösnevezést foglal magában. Az institutók szerint (III. 10) testamentum testatio mentis est az akaratnak tanúbizonysága. Ez csak szójáték, helytelen etymologia. A szó tényleg abból származik, hogy tanúzási ügylet volt, az öt tanú jelenlétével nyeri jellegét. Tartalmilag a végrendelet a római jog felfogása szerint az által tűnik ki, hogy örökösnevezést *institutio heredis* van benne. Foglalhat magában sok egyebet is, hagyományrendelést, exheredatiót, aztán családjogi ügyleteket pl. gyámkirendelést, intézkedést a gyermeknek mikénti nevelése tekintetében, a mit a gyámhatóságnak figyelembe kell venni, továbbá személyjogi rendelkezéseket, így szabadonbocsátást, intézkedéseket a temetés tekintetében, vagy hogy az örökös az elhunyt nevét felvegye, foglalhat magában vagyonjogi intézkedéseket is pl. elidegenitési tilalmat, vagyonkezelési szabályokat stb. Hogy mi minden lehet a végrendelet tartalma, ily módon kimerítően össze lehetne állítani, taxative fel lehetne sorolni. De mindez csak accidentalis tartalma a végrendeletnek, ez mind csak akkor érvényes, ha a heredis institutio érvényes. Sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. Örökösnevezést magában nem foglaló végintézkedés nem testamentum, az *codicillus*. Ezt később közvetett örökösnevezésre használták a fideicomissarius heres kinevezése által, de közvetlenül első sorban örököst codicillusban kinevezni nem lehetett. A végrendelet volt az örökösnevezés formája,

és forditva, végrendelet érvényes örökösnevezés nélkül érvénytelen. Később úgy tartották fenn a végrendeletet, hogy a többi intézkedés ilyen esetben is érvényben maradjon, hogy hozzátették a *clausula codicillaria*-t, a mely azt tartalmazta, hogy, ha ez a végrendelet mint ilyen fenn nem maradhatna, álljon fenn mint codicillus. Még csak egy lépést kellett volna tenni ebben a fejlődésben, azt t. i., hogy ez a clausula, ha nincs is benne a védrendeletben, vélelmeztessék, és akkor eljutottak volna oda, a hova ma csakugyan el is jutottunk, hogy végrendeletnek minden bizonyos formában hátra hagyott ügyletet elismerünk, hacsak bizonyos körön belül bármily tartalmú intézkedést foglal magában. Így intézkedik ma már a német polg. tk., a Teleszky javaslata is, az osztr. polg. tk. még nem. A német polg. tk. szerint, ha valaki meghal és hátrahagyja, hogy vagyonából 20,000 frtos alapítvány tétessék, ez végrendelet, bár örökösnevezés nincs benne. Ma a végrendelet már nem is örökösnevezési intézmény, ma lehet pusztán családjogi, pl. csak gyámrendelést tartalmaz, lehet pusztán személyjogi, szóval helyes systematika szerint ma nem is állitható az örökjogba mint általános érvényű mortis causa ügylet, az általános részben van helye. Nem így a római jogban. Ott a végrendelet szükségképen örökjogi ügylet, mert igaz ugyan, hogy bármit tartalmazhat, de okvetlenül tartalmaznia kell örökösnevezést. Az örökösnevezés caput et fundus testamenti. Ez annyira áll, hogy e nélkül a többi intézkedés nemcsak pro non scripto vétetik, hanem minden egyéb intézkedés csak akkor hatályos, ha az örökösnevezés az. Ha pl. a végrendeleti örökös az örökséget el nem fogadja, a testamentum destitutummá válik és akkor egyetlen intézkedése sem áll meg.

A római jogban a végrendelet delationalis alap.

Arra, hogy a végrendelet alapján hatályos delatio előálljon, először bizonyos formában kell történnie. (Végrendelet maga az okmány is, az ügylet is, a belőle előálló jogviszony is.) Kell másodszor, hogy bizonyos személyek ebben a végrendeletben akár mint institutusok, akár mint exheredati benne legyenek, mert különben a végrendelet semmis. Ez tartalmi, belső alaki kellék. Harmadszor kell, hogy örökösnevezést foglaljon magában, kell negyedszer, hogy bizonyos személyekről anyagi gondoskodás történjen benne. Végül ötödször szükséges, hogy bizonyos személyes akadály fenn ne forogjon sem a végrendelkező, sem a tanuk, sem az örökös személyében, más szóval meglegyen a testamenti factio. Ezekről a kellékekről egyenként kell beszélni.

I. A végrendelet alakja. A mortis causa jogügyleteket, minthogy post mortem szólanak és így az illetőt később kihallgatni nem lehet, alakiságokhoz kell kötni. Ezeknek a formáknak a fejlődését Maine „a jog őskora" czimű művében adja. A közvégrendelet valószinűleg a családjogi adoptióból helyesebben arrogatióból fejlődött. Az örökhagyó azt, a kit örökösének akart, arrogált, a minek a

comitia calatán kellett történnie. Ezért az örökösnevezésnek ezt a módját *testamentum comitiis calatis*-nak hivták. Ez a római végrendelet legrégibb alakja, a mely mint mondtuk, valószinüleg családjogi actus volt. A másik valószinüleg egyszerübb végrendelet a *testamentum in procinctu* volt, a melylyel a katonák élhettek. Közelebbit erről a kettőről nem tudunk. Mikor később az a gondolat merült fel, hogy nemcsak a családhoz tartozó, a suus lehessen örökös, hanem más is, akkor a régi közjogi formák helyébe magánjogi ügylet lépett. A végrendelet magánjogi ügylet lett, a mennyiben a mancipatio, tehát adásvétel formájában köttetett. A végrendelkező, a libripens és 5 tanú előtt vagyonát átruházta az örökösre, a vagyon vevőjére, *familiae emptorra*. Így jött létre a *testamentum per aes et libram*. Ez a familiae emptor persze csak szinleges vevő volt, csak szinleg fizetett vételárat. Ebben a mancipationalis végrendeletben még csak annyi a hasonlóság a mai végrendelethez. hogy universalis successiót szült, de egyéb tekintetben egészen más. Ez szerződés volt, ma egyoldalú jogügylet, ma egyoldalúlag visszavonható, ott nem az. A testamentum per aes et libram tehát voltaképen nem is végrendelet, hanem annak pótlója inter vivos szerződés formájában. Az örökös, a familiae emptor, még az örökhagyó életében megkapta a vagyont. Ez az alak a klassikus kornak is végrendeleti formája, de eredeti alakjából kivetközve. A familiae emptor fiduciarius vevővé lesz, a ki a vagyont átveszi ugyan, de nem magának, hanem másnak, t. i. átveszi azzal a nuncupatióban kifejezett meghagyással, hogy az örökhagyó halála után bizonyos személynek átadja. A familiae emptor ily módon csak végrendeleti megbizott, végrehajtó, az örökös nem ő, hanem a nuncupatióban megjelölt személy. Ez időtől fogva a végrendelkezés súlya a mancipatióról a nuncupatióra megy át, a melyet rendesen irásba is foglaltak, a familiae emptor hovatovább csak olyan figurans alakká lesz, mint az 5 tanú és a libripens. Ez volt a stadium, a melyben a fejlődést a praetor átvette. Ő úgy beszélt: „Ha hozzám jönnek végrendelkezési irással, a melyet 7 tanú lepecsételt (a pecsét valósággal bepecsélte az iratot), akkor eltekintek attól, történt-e mancipatio vagy sem, hiszen a nuncupatio a lényeges. Igaz, hogy a 7 pecsétes irás maga a ius civile szerint nem végrendelet, a benne kinevezett örökös, nem heres, de én mégis megadom neki a bonorum possessiót, mig erősebbjogú nem jön“, illetve később már cum re adta meg. A praetori végrendelet egyszerűsitése volt a civiljoginak. Neve: *testamentum septem sigillis testium confirmatum*. Iustinianus a civiljogi és praetori végrendeletet összeolvasztotta, megkivánván a 7 pecsétén kivül a tanuknak együttes jelenlétét (ez a praetorinál nem volt szükséges) és aláirását is. Igy alkotta ő meg a *ius tripertitumot*. Megjegyzendő, hogy a praetori végrendelet is ismerte már az aláirást. A 7 tanu ugyanis ugyanazt a pecsétet használhatta, a mikor a pecséttel nem lehetett bizonyitani, hogy valóban 7-en voltak és ezért szokás volt, hogy a

tanuk a pecsét mellé nevüket és lakásukat irták, hogy később a praetor megidézhesse őket. A pandekta juristák ezt adscriberenek, adnotarenak nevezik. A subscriptiót, az aláirást mint önálló kelléket csak Iustinianus hozta be. Iustinianus a magánvégrendelet rendes formájául előirja, hogy 7 tanú előtt kell történnie, még pedig a 7 tanú együttes jelenlétében in continuo. Unitas actust kiván, a végrendelkezésnek nem szabad megzavartatni más ügylet által. Régebben unitas actus alatt azt értették, hogy uno die, de ez helytelen. A justinianusi végrendelet történhetik szóval (*testamentum nuncupativum*) vagy irásban. Aláirásnak és pecsétnek persze csak ez utóbbinál van helye.

Az unitas actus egyik főérve a pandektistáknak, a melylyel a közös végrendeletnek elismerését megtagadják. Mühlenbruch szerint a közös végrendeletben hiányzik az unitas actus, mert hiszen előbb végrendelkezik a férj, azután következik a feleség és csak aztán irják alá a tanuk. A férj végrendeletére nézve meg van szakitva az unitus actus, közbejött más ügylet, a nő végrendelete. Ezzel szemben a császári constitutiók egyenesen megengedik a közös végrendeletet.

A szóbeli és irásbeli végrendelet, között a határ néha igen nehezen húzható meg. A végrendelkező a 7 tanú előtt felolvashatja az irását, mondván, a mi ebben van, ez legyen végrendeletem, lehet, hogy a 7 tanú is irásba foglalja azt, a mit ő kijelent — ez esetben mégis csak szóbeli vérendeletről beszélünk, mert a disponáló actus, az actus, melylyel akaratát kifejezte, a melyben rendelkezett, szóval történt. Ez olyan, mint hogyha szerődést kötök másutt már leirt lex contractusra való vonatkozással. Ha a felek utóbb leirják a végrendelkező kijelentését, az mégis szóbeli végrendelet marad, az irás csak bizonyitó eszköz lesz, bizonyitó okirat és nem rendelkező. A praxisban ez a kérdés gyakran nehéz perekre vezet. Mert ha az ilyen végrendelkezést irásbeli végrendeletnek veszszük, akkor meg kell felelnie az összes formai kellékeknek, mert különben érvénytelen, ha ellenben csak szóbeli végrendeletnek leirása, semmi formaság nem köti.

A szóbeli végrendelethez 7 tanú együttes jelenléte és unitas actus kivántatik meg, az irásbelihez ezenkivül a tanúk aláirása és pecsétje. A végrendelkező vagy maga irja a végrendeletet, akkor nem kell aláirnia, vagy aláirja és akkor más irja a szöveget. Az okiratoknál ma rendesen megkivánt kelet a rómaiknál nem volt fontos, a pecsétnek is más szerepe volt. Náluk a pecsét óvó eszköz akart lenni az okmány későbbi megváltoztatása ellen. Mindegy volt náluk, hogy miféle pecséttel pecsételtek, csak az kellett, hogy mind a 7 tanú pecsételjen. Az aláirásnak sem az volt a szerepe, a mi ma. A végrendelkezőnek nem is kellett aláirnia, csak ha maga nem irta a szöveget. Az ő aláirását pótolta az, hogy a végrendelet első sorában rendesen meg volt nevezve (a második sorban az örökös neve

állott: Titius heres esto). A 7 tanunak az okmány hátán a pecsét alatt kellett nevüket aláirniok.

Ez a szóbeli és irásbeli végrendelet az, a melylyel a justinianusi jog feláliit, és a mely ennek alapján csekély változtatásokkal az újabb jogokba is átment. Iustinianusnál ezeken a rendes formákon kivül néhány rendkivüli, privilegizált irásbeli végrendeletet is találunk, a melyek részint szigorúbb formasághoz kötvék, részint szabadabbak. Szigorúbbak a vak végrendelete, a melyhez 8 tanú kell, és az irni nem tudóé. Könnyebb formát Iustinianus rendkivüli körülmények közt levőknek enged, a mikor nincs elegendő ember együtt. Igy járvány idején a tanuknak nem kell együttesen jelen lenniök (*testamentum tempore pestis*), falúhelyen 5 tanú elég (*testamentum ruri conditum*). Egyéb okból könnyitett végrendelet a katonáé, a kinek végrendelete semmiféle alakszerűséghez sincs kötve, de ez elbocsáttatása után csak 1 évig tartja meg erejét, továbbá a *testamentum parentum inter liberos*, ha t. i. a szülő gyermekét nevezi ki örökössé és ezt maga irja meg, tanú nem szükséges, illetve hasontartalmú szóbeli végrendelethez két tanú kell.

Ezeken a magánvégrendeleti formákon kivül ismerte a justinianusi jog a közvégrendeletet is. Ilyen volt a biróságnál jegyzőkönyvbe vett végintézkedés (*testamentum apud acta conditum*), és a fejedelemnek megőrzés végett felterjesztett végrendelet (*testamentum principi oblatum*).

165. §. A végrendelet (folytatás).

II. Alaki szükségörökjog. Hogy a végrendelet alapján delatio beállhasson, másodszor az kell, hogy benne bizonyos személyek, az ú. n. mellőzhetetlen személyek vagy instituáltassanak vagy exheredáltassanak. Ez az ú. n. alaki szükségörökjog. Feltünő és történeti előzmények nélkül szinte érthetetlen, hogy a római jog magát ahhoz a szabályhoz tartja, hogy bizonyos személyekről a végrendeletben hallgatni nem szabad, mint a jogi terminus mondja őket mellőzni, praetermittálni nem szabad, de már azt nem kivánja, hogy ezek a személyek örökösök legyenek. Van ennek praktikus czélja is a történeti előzményektől eltekintve, mert biztositéka annak, hogy az örökhagyó nem feledkezett meg róluk, gondolt rájuk és szándékosan nem juttatott nekik semmit. Ez lehetett oka, hogy a szabályt később is fentartották, de ez nem magyarázza szabály eredetét. Onnan keletkezett, hogy az ős felfogás szerint a suus magától értetődő örökös, vi legis örökös, saját jogán örökös, bizonyos értelmében mint Paulus mondja, csak folytatja a familiát, a melyben eddig is részes volt. Ezzel szemben nagy haladás volt, mikor ennek a suus necessarius heres exheredálását megengedték. Eredetileg tehát az instituálás vagy exheredálás kötelezettsége nem korlátja volt a végrendelkező szabadságának, ellenkezőleg óriási vivmány. Később lett

csak puszta formasággá. A mellőzhetetlenség szabálya tehát a civiljogból fakad, fentartja és kifejleszti a praetor, befejezi Iustinianus, a ki csak a 115. novellában szünteti meg, egyesítvén az anyagi szükségörökjoggal. Az institutiókban még ő is beszél alaki szükségörökjogról. A mellőzhetlenség főbb vonásokban ez:

a) *A civiljog* szerint a suust nem szabad mellőzni hallgatással, ha a végrendelkező nem akarja instituálni, exheredálnia kell, mert ha ezt nem teszi, a végrendelet ipso iure semmis, *testamentum nullum*. A civiljog különbséget tesz a filiusok közt, a kiket *nominatim, egyenként* (nem név szerint) kell exheredálni, holott a többieket csak generatim (*inter ceteros*). Nominatim történik a kitagadás, ha úgy szól: Titius filius meus exheres esto, vagy ha csak egy fia van: filius exheres esto, inter ceteros, ha csak annyit mond a végrendelkező: ceteri exheredes sunto. Ha filius nem exheredáltatik, akkor a végrendelet nullum és beáll a törvényes öröklés, ha ellenben filia sua, vagy nepos van mellőzve, akkor a végrendelet nem semmis, hanem adcrescunt scriptis heredibus. Ha t. i. extraneus van instituálva, a mellőzöttek a vagyon felét kapják, ha ellenben suus az örökös, portio virilist kapnak. A kezdetleges időben instituálni vagy exheredálni csak azt lehetett, a ki már suus volt a testamentum idejében, mert a ki csak a testamentum készitése után lett suusá, arról előzetesen gondoskodni nem lehetett, hisz a végrendelkező nem is tudhatta, hogy ki lesz suusává. Ezek a suitasba a testamentum alkotása után belépő személyek a postumi. Ilyenek belépése által (pl. utóbb született gyermek, később arrogatus, adoptatus, később elvett feleség) a végrendelet semmissé lett, *testamentum ruptum*. A civiljogi interpretatio már megengedi, hogy ezekről is lehessen gondoskodni. Az első lépés az volt, hogy az a suus, a ki a testáló halála után születik, ú. n. *postumus legitimus* a végrendeletnek ne ártson, lehet instituálni és exheredálni, későbben már azt a suus postumust is lehetett exheredálni és instituálni, a ki még az örökhagyó életében válik suussá, de persze a végrendelet készitése után. Ezt a lépést már a törvényhozás lex Junia Velleia tette meg, és pedig fokonkint (l. Kajuch 290. l.), megkülönböztetvén a *pustumi Aquiliani és Velleiani*-t. Ez óta a postumust ki lehetett tagadni, és lehetett instituálni. De nemcsak lehetett, hanem kellett is, mert különben a végrendelet megdőlt. Sőt ezeknek postumusoknak mellőzhetetlenségi joga még szigorúbb volt. Nemcsak a filius suust kellett nominatim exheredálni, hanem a filia sua és nepos suust is, illetve, ha utóbbiak inter ceteros voltak exheredálva, hagyományt, legatumot kellett nekik hagyni, hogy ilykép látszatja legyen, hogy a testáló gondolt rájuk. Hatásában is szigorúbb volt a postumusok mellőzhetetlensége, mert a filia és nepos mellőzése esetén is ruptio, nem accrescentia állt be. (Az utószülöttek nominatim kitagadása úgy történt: quicunque mihi filius (vagy nepos filia), genitus (genita) fuerit, exheres esto.)

b) *A praetori jog* ezeken a személyeken nem változtat, csak kiterjeszti körüket. Megkivánja az institutiót vagy exheredatiót ezekre a személyekre nézve, de kiterjeszti ezt a követelményt másokra is, t. i. azokra, a kiket az intestat öröklésről szóló edictumában liberi név alatt foglal össze. Ezeknek főesete a suusokon kivül az emancipatus, szóval minden oly lemenő, a ki másnak hatalmában nincsen. Liber tehát az adoptatus, de ha emancipáltatik, már nem az, mert nem lemenő. Ismét a lányom vérbeli lemenőm, de ha férjhez adom, nem liberem, mert másnak hatalma alá kerül. Ha emancipált fiamnak születik gyermeke, ez sohasem volt, nem is lesz suusom, de liberem, ha apja meghal. Ezeket a nem suus libereket is vagy exheredálni, vagy institnálni kell. Még pedig a finemű libereket nominatim (tehát a civiljoggal ellentétben a nepost is), a nőneműeket inter ceteros. A joghatásban is különbözik a praetori mellőzhetetlenség a civiljogitól. Ha ilyen liber mellőzve van, akkor nem áll be ruptio testamenti, hanem csak részben rescindáltatik. Az ilyen praetermittált kérheti a *bonorum possessio contra tabulast* cum re. A heredis institutio a mellőzöttnek törvényes része erejéig megdől, de a végrendelet egyéb tartalma érvényben marad, így megmarad a végrendeletben levő exheredatio is. Ha pl. A. liber ki van nevezve $^1/_{10}$ részre, B. liber ki van tagadva, C. liber mellőzve van és D. extraneus $^9/_{10}$ részre van kinevezve. Ez esetben C. kérheti a bonorum possessio contra tabulast, még pedig a hagyaték $^1/_2$-ét (voltaképeni törvényes örökrésze csak $^1/_3$ volna, hárman lévén liberi, de egy exheredálva van). Ily módon azonban az institnált liber rosszabbul járna a praetermittáltnál, mert míg utóbbi a maga törvényes örökrészét kapja, ő csak $^1/_{10}$-et kap. Ezért a praetor a bonorum possessio contra tabulast nemcsak a mellőzöttnek adja, hanem megadja a hozzá csatlakozó institutusnak is (*commisso per alium edicto*), ki törvényes örökrészénél kevesebbre van kinevezve.

c) *Iustinianus* fentartja az alaki szükségjogot, sőt még szigoritja is, a mennyiben szerinte mindenkit nominatim kell kitagadni és minden mellőzésnek, még a lány mellőzésének is, a végrendelet semmissége a következménye. Így intézkedik még a codificatióban, de már a novellákban (115.) egész máskép rendelkezik. Ott, mint látni fogjuk, egyesiti az alaki szükségjogot az anyagival.

166. §. A végrendelet (folytatás).

III. *Anyagi szükségörökjog*. A régi jog csak az alaki szükségörökjogot ismerte. Az örökhagyó kötelessége csak az volt, hogy a mellőzhetetlen személyeket megemlítse, de gondoskodni rólnk nem kellett. Minden ok megadása nélkül exheredálhatta a legközelebbi rokonait. Az anyát még az alaki mellőzhetlenség sem korlátozta.

Neki sem suusa, sem liberja nincs és így minden korlát nélkül végrendelkezhetett.

Ez így volt jogilag. A való élet azonban ennek nem felelt meg. A társadalmi illem, az erkölcs már ekkor is megkivánta, hogy az örökhagyó legközelebbi rokonainak valamit juttasson, rólnk gondoskodjék. Ez officium pietatis volt, az ezt sértő végrendelet erkölcsileg censura alá esett. E társadalmi szabályból Tiberius óta jogszabály lett. Ezóta az ilyen inofficiosus testamentum biróilag is megdönthetővé vált. Mintaképül valószinüleg az attikai jog szolgált. A centumviralis biróság előtt (az öröklödési perek az egyes biróságok kifejlődése után is a centumvirek előtt folytak) fejlődött ki az a praxis, hogy egyes legközelebbi rokonok az örökhagyó végrendeletét azzal támadták meg, hogy de iure (civili) fennáll ugyan, de inofficiosus, sérti az officium pietatist és ezen iniuriáért kérnek erkölcsi elégtételt. A megtámadás alapja pedig, és ez attikai eredetű, az volt, hogy a végrendelkező, mikor igy intézkedett, őrült volt és így végrendelete nem érvényes. A megtámadó tehát a maniát hozza fel, *sub colore insaniae* lép fel a végrendelet ellen, a mi erkölcsi elitélése a meghaltnak, de erkölcsi elégtétel a sértettnek. Persze az őrültség vádja csak hasonlat volt, mert ha az örökhagyó tényleg őrült lett volna, végrendelete ipso iure semmis volna, még pedig bárki javára, holott nem ez ennek a megtámadásnak a czélja. Az örökhagyó tehát nem volt valóban őrült és igy recte fecit testamentum, non autem ex officio pietatis. A megtámadó fellépése eleinte nem actio, hanem querela (*querela inofficiosi testamenti*), de már Ulpianus idejében actiónak, accusatiónak is hivják. A neve is mutatja tehát, hogy kezdetben nem a jog, hanem az erkölcs az alapja, úgy a hogy ily eredetre mutat a fiducia, fideicomissum név is.

A querela inofficiosi testamentivel a perelő nemcsak vagyont akart elérni, hanem elégtételt is. Ezért helyesen nevezhető örökjogi becsületsértési pernek. Természetére nézve tehát actio vindictam spirans, személyes elégtételre irányul. Ha a megsértett személy meghal, mielőtt ezt a keresetet megindította volna, örököse már nem indithatja meg, szóval legszemélyesebb kereset. Második jellemző sajátsága, hogy csak suppletorius természetű, ép úgy, mint az actio iniuriarum, az actio doli. A querela inofficiosi testamenti utolsó segédeszköz, mindaddig, mig a sértett fél más keresettel léphet fel, a querelával nem élhet. A suus, a ki mellőzve van, élhet a hereditatis petitio intestativel, nem léphet fel tehát a querelával, a mellőzött liber kérheti a bonorum possessio contra tabulast, neki sincs tehát querelája, sőt a justinianusi jog szerint már minden nem nominatim exheredált libernek hereditatis petitio intestatije van, nincs tehát querelája. Csak ha az alaki mellőzhetlenség nem segít, léphet fel a sértett a querela inofficiosi testamentivel. Pl. oly descendens, ki sem nem suus, sem nem liber,

röviden, a ki nem liber. Ennek más eszköze nem lévén, ha ascendensétől bizonyos részt nem kap, a querelával fog élni. De már ugyanannak az ascendesnek mellőzött suusa vagy mellőzött emancipatusa nem léphet fel a querelával, mert ez csak suppletorius kereset.

Ebben a formában, ezzel a querelával küzdötte ki a római jog azt, a mit *köteles résznek, pars vagy portio debitának*, legitimának nevezünk. Ezt az intézményt minden jog ismeri, de nem mind a római typus szerint. Más a typus a germán jogokban, pl. a franczia jogban, sok svájczi jogban és a franczia nyomán haladó összes jogokban, sőt Schwarz szerint a magyar jog is, mely a köteles részt az országbirói értekezlet óta ismeri, a germán typust követi. Ez a typus abban áll, hogy bizonyos személyek az elhunyt után ipso facto örökösök, ezeket bizonyos örökségtől megfosztani nem lehet. Van tehát a hagyatéknak egy része, melyről az elhunyt nem rendelkezhetik. Igy beszél a franczia jog portion disponibleről, a melyen felül minden ipso facto a természetes örökösöké. Tehát ha a végrendelkező egész vagyonát adja x-nek, holott van gyermeke, akkor ez olyan, mint hogyha olyanról rendelkezett volna, a mi hozzá nem tartozik. Rendelkezése tehát semmis. A mellőzött gyermek mint intestat örökös veszi tehát birtokba a köteles részt. Ezt mondja az ob-i értekezlet. Ezzel szemben van a római felfogás, a mely abból indul ki, hogy a végrendelkező elvileg az egész vagyonáról rendelkezhetik, de ez csak úgy áll meg, ha bizonyos legközelebb álló személyekről gondoskodik. Köteles gondoskodni abban az értelemben, hogy bizonyos összeget kell nekik juttatnia, de teheti ezt bármi formában, nem kell mint örökösöknek hagynia, teheti hagyományként is. Ez áll a legkésőbbi római jog szerint is, bár Iustinianus szigorította ezt. Iustinianus megkivánja ugyan, hogy ezek a személyek örökösök is legyenek, de ő is megengedi, hogy qua heredes bármi csekélyet kapjanak, a mi aztán bármi formában, tehát hagyománynyal is kiegészíthető a köteles részig. A római typus szerint a köteles részre jogosult személyek akármily minőségben kaphatják ezt a portio debitát, a franczia jog szerint ők mindig ex lege heresek e rész erejéig. A kettő közt praktikus különbség van. Nem mindegy, qua heres, vagy qua legatarius kapok ugyanannyit. Eltekintve a moralis horderőtől, az örökösnek másnak a jogai, mint a hagyományosnak, beleszólhat a hagyaték rendezésébe, az osztályba, megilleti az actio familiae herciscundae, az osztályig ura az egész vagyon minden egyes alkotórészének bizonyos hányad erejéig. Ha pl. a hagyaték 400,000 frtnyi értékpapirokból áll, és tegyük fel, hogy mint örökös kap 50,000 frtot, akkor, ha az értékpapirok ára az osztályig felszáll, az örökös része is ennek megfelelően nagyobb, az ár esésével kisebb lesz. Ha ellenben 50,000 frtot kap, mint hagyományos, akkor ez az összeg nem változik. A német polg. törvénykönyv, Teleszky és Schwarz javaslata a köteles

részt csak hagyomány formájában adja meg, az erre jogosult tehát nem vesz részt a hagyatéki vagyon változásaiban, rá nézve az örökhagyó halála napja a mértékadó, ez az értékelési caesura.

Kik azok a személyek, a kik ezzel a querelával élhetnek? Az elhunyt legközelebbi családköre a szónak modern értelmében. A vérrokonság, a mai cognat család, már régtől fogva nagy szerepet vitt a ius civile szerinti család, az agnat család mellett. Az a jelenség, hogy a legatumok régtől fogva elnyelték az örökséget, arra vezetendő vissza, hogy az elhunyt azokról gondoskodott legatum formájában, a kiket a ius civile a rendes örökségből kizárt, tehát az emancipatusokról stb. Ez a cognat család az, a mely a végrendelettel szemben, daczára annak, hogy a civiljog formaságai meg vannak tartva, a querelával érvényesíti a maga jogait. A biróság az ezzel czélt érni akaró candidatusok megbirálásában hol szigorúbban, hol meg liberalisabban járt el, de már Ulpianus úgy beszél, hogy cognati ultra fratres et sorores nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere, a testvéreken túl levő rokonok jobban teszik, ha semmi felesleges költséget nem csinálnak maguknak a querela támasztásával, mert czélt úgy sem érnek. Még a második század vége felé nincs megállapodott birói praxis. A végső megállapodott eredmény az, hogy jogositottak a descendensek, ascendensek és bizonyos határon belül a testvérek is, értve a szót mindig a cognat értelemben. Az anya végrendeletével szemben tehát minden gyermek, akár törvényes akár törvénytelen, élhet a querelával, de viszont az anyai nagyapa is a gyermekkel szemben. A cognatio elve alól csak az kivétel, hogy az adoptatus is emelheti a pater adoptans végrendelete ellen és viszont. Iustinianus ezt az adoptio plena esetére szoritotta. A testvér csak abban az esetben élhetett a querelával, ha a végrendeletben turpis persona van instituálva, ellenben ha az institutus kifogástalan személy, akkor a testvér a köteles résztől elesik. De még turpis institutus ellen is az örökhagyónak csak apai testvére, germanus vagy consanguineus léphet fel, uterinus, anyai féltestvér nem.

Ezen körön belül in concreto a querelával csak az élhet, a ki in concreto, ha végrendelet nem lett volna, örökös volna. Pl. meghal a végrendelkező, marad utána descendens, ascendens és testvér. A querelával csak a descendens fog élhetni. Ha más keresete van, ő sem. Előfordulhat, hogy én nem élhetek a querelával, mert engem kizár valamely ab intestato közelebbi örökös, bár ez maga a querelára jogosítva nincs. Pl. fiam adoptio minus plenával adoptált valakit, egyéb leszármazója nincs. Vagyonát a szomszédra hagyja. A köteles részre jogosult legközelebbi rokona én, az apja, vagyok, még sincs querelám, mert ab intestato nem én, hanem az adoptatus örökölne, de ennek sincs querelája, mert adoptiója csak minus plena. Ez a modern törvényhozásban is ismétlődik. Ma pl. a testvérnek nem szoktuk megadni a köteles részi jogot, így a német

polg. tvk. sem adja meg. Ha tehát a végrendelkezőnek nagyapja és testvére marad hátra és egyikük sem kapott semmit a végrendeletben, akkor a nagyapának nincs querelája, mert ab intestato a testvér megelőzi, a testvérnek pedig általában nincs. A köteles részi jognak előfeltétele tehát, hogy az illető in concreto intestat örökös lehessen. Ez negativ feltétel, mert az intestat örökös még nem köteles részi örökös, de a ki in concreto nem intestat örökös, az nem lehet köteles részi sem. (Megjegyzendő azonban, hogy a római jog az ú. n. *successio in querelam* intézményét ismeri, a mely szerint, ha a legközelebbi intestat és kötelesrészi örökös a querelát nem akarja, vagy nem tudja meginditani (nolit aut non possit accusare), akkor átszáll a legközelebbi intestat és kötelesrészi örökösre, pl. a fiúról az unokára, ha ez sem kapta meg a köteles részt. Ily esetben aztán mégis oly valaki indithatja a querelát, a ki nem a legközelebbi intestat örökös.)

A modern törvényhozásban de lege ferenda nemcsak a köteles részre jogosult személyek köre tekintetében van ingadozás, hanem újabban magának az elvnek helyességét is kétségbe vonják. Az angol amerikai jogok nem is ismerik az intézményt. A köteles rész megtámadói abból az elvből indulnak ki, hogy tiszteletlenség volna az apát a vagyon feletti szabad rendelkezésben korlátozni, ez a szabad rendelkezés a fegyelem, a disciplina egyik eszköze. Aztán az apa jobban tudja megitélni, melyik gyermeke szorul rá inkább az örökségre? Ezt hangoztatja Francziaországban a Le Play-féle socialis radikalis irány is, nálunk Dell'Adami Rezső, fiatalon elhunyt jogtudósunk is ezt vallotta de lege ferenda. Annyi igaz, hogy a köteles rész csak a gyermekekre nézve igazán indokolt. Mert hogy dédapám, ha még életben van, utánam követelje a maga részét, azért igazságtalan, mert hisz sokáig úgy sem él és halála után ez a hagyaték olyanokra is száll, kik nekem csak távoli rokonaim.

Igen fontos kérdés, hogy a köteles rész mennyi legyen? A köteles rész nagysága csak igen nagy ingadozások után állapodott meg a centumviralis biróság praxisában. A lex Falcidia elvének megfelelően a köteles rész nagysága az intestat örökrésznek $^1/_4$-e, quarta legitimae partis. Három gyermek létele esetén tehát mindegyiknek legalább az örökség $^1/_{12}$-ét kell kapnia ($^1/_3$ az intestat örökrész, a legitima portio, ennek $^1/_4$-e $= {}^1/_{12}$). Iustinianus a köteles részt felemelte az intestat rész $^1/_3$-ára, illetve, ha az intestat rész a hagyaték negyedénél kisebb volna, $^1/_2$-ére. Pl. két gyermek van. Mindegyiknek portio debitája az egész örökségnek $^1/_6$-a, mert intestat részük (t. i. az a rész, a mit végrendelet hiján kapnának) az örökség fele, a debita portio pedig ennek $^1/_3$-a. Ha 5 gyermek marad, akkor mindegyiküknek a végrendeletben legalább az örökség $^1/_{10}$-ét kell kapnia (intestat pars $^1/_5$, ennek fele $^1/_{10}$). Hat gyermeknél a portio debita $^1/_{12}$. A köteles rész tehát nem fix portio, függ a jogosultak számától, mobilis valami. Ma is vitás, helyesebb-e

Cautela Socini.

a köteles résznek fix hányadban való megállapítása, vagy függjön inkább a jogosultak számától. Iustinianus az utóbbinak álláspontján áll, de csak elvileg, gondolatát azonban nem vitte teljesen keresztül. Bruns a jogászgyülésen azt proponálta, hogy mentől több a gyermek, a köteles rész annál nagyobb része legyen az intestat portiónak (egy gyermeknél fele, kettőnél $^2/_3$-a, háromnál $^3/_4$-e stb.), és annál kisebb legyen a portion disponible. Ez volna az alapelv teljesen következetes keresztülvitele.

Ha a köteles részre jogosult legalább ezt a köteles részét meg nem kapja, akkor a querelával felléphet a testamentum ellen, feltéve, hogy más eszköze nincs. Miképen lehet már most hagyni ezt a köteles részt? A képzelhető módok a következők: A végrendelkező úgy hagyja meg, mint maga a törvény szól, mint pars portionis legitimae. Azt mondja (2 fiú van), fiam $^1/_6$ részben legyen örökösöm. Ez a legigazságosabb és legegyszerübb mód. A köteles részre jogosult coherese lesz a többi institutus heresnek, részese a vagyon gyarapodásának, csökkenésének. Egyszerü ez a juttatás azért is, mert nem kell még külön kiszámítani, megkapta-e a maga köteles részét. Lehet azonban, és ez a római álláspont, a köteles részt bármily más juttatás formájában is hagyni, donatio mortis causa, legatum, fideicommissum, modus stb. formájában. Ilyenkor persze ki kell számítani, megkapta-e az illető a köteles részt, megfelel-e a kapott portio az intestat portio értéke harmadának? A számítás a halál ideje szerint történik, a vagyon ez időpont szerint becsülendő meg. Ez komplikált, impraktikus és igazságtalan, mert a köteles részre jogosult az édes gyermek az idegen, a scriptus heres ellen ez alapon csak kötelmi jogot, pl. actio legatit nyer és igazságtalan azért is, mert a köteles részre jogosult, az ú. n. szükségörökös, a vagyon változásaiban részt nem vesz. A legtöbb újabb törvényhozás mégis ebben a formában adja meg a köteles részt, a szükségörökös csak hagyatéki hitelező, a ki csak pénzben követelheti portióját. Így intézkedik a ném. p. tk., Teleszky javaslata és egyelőre a mostani codificationalis bizottság is. Az igaz, hogy utóbbi mód szerint az örökös a portiót tisztán megterhelés nélkül kapja meg, nem lehet feltételhez, modushoz kötni, különben megindíthatja a querelát. Ezt Iustinianus akkép módosította, hogy megterhelés esetén a szükségörökös nem indíthatja a querelát, hanem az ilyen megterhelések pro non scripto habentur. De ez csak a köteles részre áll, a köteles részen felüli juttatásra érvényben maradnak. Meg van azonban engedve az a clausula, hogy, mikor a végrendelkező a köteles résznél többet hagy, de megterhelve, úgy intézkedjék, hogy a szükségörökös vagy így fogadja el a juttatást, vagy pedig, ha a köteles részt tehermentesen kéri, a többlettől elessék. Ezt a clausulát fővédője Marianus Socinus XVI. századbeli olasz jurista után *cautela socininek* hívják. A mi curiai praxisunk ezt a cautelát alattomban értetődőnek veszi, kitételét nem is ki-

vánja. Ez tehát megváltoztatása a justinianusi elvnek, a mely szerint ilyenkor a köteles rész tehermentesen, a többlet pedig a megterheléssel együtt jár.

Iustinianusnak másik intézkedése, hogy ha a végrendelkező hagyott ugyan valamit, de nem az egész köteles részt, a végrendelet ezért ne legyen megdönthető a querelával, hanem a köteles részre jogosult csak a kapott rész kielégítését kérheti ex lege hagyomány gyanánt. Erre szolgál az *actio suppletoria* vagy *ad supplendam portionem legitimam* (helyesebben debitam). Ezóta a köteles rész juttatásának elmulasztása miatt a végrendelet nem dől meg, a végrendelet érvényéhez nem kell köteles rész, a végrendeletnek tartalmi kelléke most már csak az, hogy a köteles részre jogosult *valamit,* bármily keveset kapjon.

A köteles rész intézménye azok védelmére szolgál, a kiknek az officium pietatis szerint a hagyatékból részük kell hogy legyen, a kiknek mellőzésével vagy kitagadásával (az anyagi szükségörökjog szempontjából ez mindegy) a végrendelkező az erkölcsöt sérti. Nem sérti azonban az erkölcsöt, az officium pietatist akkor, ha ez a kitagadás vagy mellőzés alapos okból történt, az illető rászolgált. Ezért az ilyen kitagadott vagy mellőzött nem is élhet a querelával. Hogy persze mikor forgott fenn ilyen eset, azt in concreto a biró határozta meg. A törvény taxative nem sorolja fel az alapos kitagadási (és mellőzési) okokat, csak Iustinianus próbálta meg később a 115-ik novellában. A taxativ felsorolás azonban e téren igen bajos. Verbőczy is felhoz eseteket, de ezek nem kimeritőek. De lege ferenda is aggályos, hogy igazolt-e a kizárási okok felsorolása. Bruns szerint nem.

A római jog elismerte az ú. n. *exheredatiot bona mente,* jó szándékból való kitagadást. Ha bebizonyul, hogy mikor fiamat kizártam az örökségből, intentióm nem volt sértő, hanem jó szándékú, querelának nincs helye. Pl. fiam annyira el van adósodva, hogy a hitelezők a neki juttatott hagyatékot, hagyományt teljesen lefoglalnák, neki semmi sem maradna, ezért neki semmit sem hagyok, hanem hagyom az ő gyermekeinek, kik őt eltartják. Fiam ilyenkor querelát nem kap. A források példája: Az anya gyermekét nevezi ki örökösévé, de azzal a feltétellel, hogy atyja emancipálja. Ha most az apa nem emancipálja, nem örökös, de azért még sincs querelája, ha az anya a feltételt azért tette, mert az apja tékozló. Ez a modern törvénykönyvekbe is átment, különösen a tékozló eladósodott gyermekekre vonatkozólag.

A querela tényalapja tehát az, hogy a köteles részre jogosult ezt meg nem kapta. Ha valamit kapott, de nem az egész portio debitat, akkor Iustinianus óta, mint láttuk, nem a querelát indithatja meg, hanem az actio suppletoriát, a mely a scriptus heres ellen azzal a petitummal fordul, hogy ez a kapott részt törvényes hagyományként egészitse ki a köteles rész nagyságáig. A merőben

mellőzöttnek vagy kitagadottnak Iustinianus is megadta a querelát, a mely a scriptus heres ellen inditandó az aditiótól számított 5 éven belül. A querela petituma az, hogy a köteles rész megsértése alapján ismertessék el, hogy a végrendelet nem áll meg. A querela inofficiosi testamenti tehát praeiudicialis actio, csak constatálást kér, elmarasztalást nem. Ha már most a querelának megfelelően elismertetett, hogy a végrendelet sérti a köteles részt, tehát ebben a részében megdől, akkor rá nézve az intestat öröklés áll be és az előbbi querulans már most a hereditatis petitio intestatival léphet fel, a melylyel intestat részét (nem köteles részét) követelheti a hagyatéki birtokostól. Meg volt azonban engedve, hogy a két kereset egyesíttessék, persze csak akkor, ha a scriptus heres a hagyaték birtokában van. Ez az irodalomban vitás. Némelyek szerint a querela mindig condemnatoria. Ez alig helyes, mert akkor nem volna meginditható a heres ellen, ha az nincs a hagyaték birtokában és így a köteles részre jogosult védtelen maradna vele szemben. A querela tekintetében a római jog különös ius accrescendit ismer. E szerint a köteles részében sértett nemcsak az intestat részt kapja, hanem megkapja mindazoknak intestat portióját is, a kik köteles részükben szintén sértve vannak, de a querelát keresztül nem vitték (l. 23. §. 2 D. 5. 2). A querela mindegyik adeált örökös ellen inditandó. Ha egy ellen megnyerem a pert, ez nem zárja ki, hogy a másik ellen elveszítsem, és akkor csak az elsőre vonatkozólag dől meg a végrendelet. Így beállhat az az eset, hogy a nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest elve meg van törve. Valamint minden örökös ellen külön inditandó a querela, úgy minden köteles részre jogosult is különkülön kell, hogy inditsa.

A köteles részt a római jog nemcsak a mortis causa ügyletekkel szemben védi, hanem védi az örökhagyó inter vivos ügyleteivel szemben is. Persze annyira ez nem mehetett, hogy az örökhagyó vagyona kezelésében teljesen korlátolva legyen, de a köteles részt dolose megcsonkító ajándékozások-, és hozományadásokkal szemben a szükségörököst védeni kellett. E czélból utóbbi a *querela inofficiosae donationis és dotis t* kapta. Ezzel az elhunytnak csak azon ajándékozásai, illetve hozományadásai támadhatók meg, melyek a köteles részt dolose csökkentik. Ezt nem úgy kell képzelni, hogy az elhunyt összes ajándékozásai összeadandók és aránylag redukálandók, hanem az előbb történt ajándékozások érvényben maradnak és csak azok az ajándékozások támadhatók meg a querelával, a melyekkel tényleg már a köteles rész sérült meg. A queralát minden szükségörökös indithatja, tekintet nélkül arra, hogy az elhunyt hagyott-e végrendeletet vagy sem, még pedig inditja a megajándékozott, illetve örökösei ellen. Petitum nem az egész ajándékozás rescindálása, hanem a köteles (mások szerint a querela inofficiosi testamenti mintájára az intestat) rész teljesitése. Ha azon-

ban a megajándékozott az ajándékban nem dolosus, csak gazdagodása erejéig felel. Egyéb tekintetben ez a querela az örökjoginak mintájára van construálva, 5 év alatt elévül, subsidiarius és az ajándékozásnak bármely elismerésével elvész. Maga az ajándékozó is megtámadhatja az ajándékozást azon a czímen, hogy gyermekei születtek, a kiknek köteles részét ez az ajándékozás sérti. Ez azonban sui generis eszköz, czéljaira nem ez a querela szolgál.

A szükségörökjog a 115. novella szerint. Iustinianus 541-ben konkrét eset alkalmából constitutiót adott ki (a későbbi 115. novella), a melynek 3., 4. és 5. fejezetében az egész szükségörökjogot reformálja. Egyesíti az alaki és anyagi szükségörökjogot és azt rendeli, hogy az ascendens és descendens necsak a portio debitat kell, hogy megkapja bármilyen formában, hanem az is szükséges, hogy örökösnek legyen instituálva. Nem kell azonban, hogy az egész köteles rész erejéig instituálva legyen, elég, ha bármily csekélységre van instituálva, és a portio debita többi részét akármilyen formában megkapja (ha nem kapja teljesen, actio suppletoriának van helye). Iustinianus óta tehát az ascendensnek és descendensnek, úgy alaki, mint anyagi szükségörökjoga van, holott azelőtt a kettő nem mindig esett össze, hiszen az ascendensnek azelőtt általában nem volt alaki mellőzhetetlensége. A másik újítás az volt, hogy exheredálni és praetermittálni (a mi most már egy) már nem lehetett bármi okból, hanem csak a novellában felsoroltakból. Felsorol pedig a novella a descendensekre 14, az ascendensekre 8 kizárási okot, és ezt az okot a végrendeletben meg is kellett jelölni, különben helye volt a querelának. A 115. novella az anyagi szükségjogot szigorítja, megkívánván a heresként való institutiót, illetve a kizárási ok megjelölését a végrendeletben és taxativ esetekre szorítván azt, az alaki szükségjogot is szigorítja, mert az ascendenseknek is megadja, ellenben enyhít rajta, bizonyos okokból megengedvén a mellőzést. Ha e szabályok csak egyike is meg van sértve, a végrendelet érvénytelen, az összes institutiók megdőlnek, de a végrendelet egyéb tartalma megmarad. A testvérek tekintetében a novella a régi rendet tartja fenn.

Így a 115. novella. Értelmezése azonban igen nehéz. Különösen két kérdés az, a mely nagyon vitás. Az első az, vajjon a 115. novella a régi alaki szükségjogot teljesen megszüntett-e, úgy nevezett *derogationalis, abolitionalis rendszer*, vagy pedig fentartotta-e és csak új szabályokat csatolt hozzá, *additionalis, megtoldó rendszer*. Az előbbi lett uralkodó felfogássá, különösen Leist alapján, a ki különösen a 18. novellára való tekintettel ezt tartja valószínűbbnek. Annyi bizonyos, hogy a régi alaki szükségjog elvileg megfér a 115. novellával, és hogy ez kifejezetten el nem törli. De még azok is, kik az additionalis rendszer hívei elismerik, hogy ha a 115. novella nem is, de a későbbi praxis minden esetre megszüntette a régi formai szükségörökjogot.

Fontosabb a másik vitakérdés. Ha a végrendelet a 115. novella valamelyik intézkedésének meg nem felel, milyen keresetnek lesz helye? Erre nézve három főrendszert kell megkülönböztetni. Némelyek szerint a végrendelet semmis, mert hisz a 115. novella alaki szükségjogot tartalmaz, a sértett fél hereditatis petitio intestatival élhet. Ez a *nullitási rendszer* (Vangerow, Wächter, Schmidt). A *vegyes rendszer* (Richter) szerint ezzel szemben a végrendelet csak akkor semmis, ha nem említi a kitagadási okot, ha azonban említi, de az igaznak nem bizonyul, akkor inofficiositas van és a querela inditandó. Végül az *inofficiositási rendszer*, mely Brinz és Windscheid alapján uralkodó, a querelát a 115. novella minden megsértésére kiterjeszti, tehát helye volna még akkor is, ha a köteles rész be van ugyan tartva, de az illető nincs heresnek instituálva.

167. §. A végrendelet (folytatás).

IV. A heredis institutio. Az örököskinevezés a végrendelet egyedüli lényeges kelléke. E nélkül a római jog szerint végrendelet nincs. Másrészt meg herest csak végrendeletben lehet kinevezni. Ez és az exheredatio csak végrendeletben történhetik, más végintézkedés codicillusban is lehető. A római jognak ez a tétele, hogy nullum testamentum sine heredis institutione, in praxi sok nehézséget okoz. Gyakran nehéz annak a megállapítása, hogy a végrendelet tényleg tartalmaz-e örököskinevezést. Vele jár az is, hogy a végrendelet érvénybentartása kedvéért minden áron örököst kerestek s csináltak, olvastak bele olyankor is, mikor nem volt.

Örökösnevezés oly végrendeleti intézkedés, melyben az örökhagyó megemliti ki, vagy kik legyenek örökösei. Ennek a nyilatkozatnak következő kellékei vannak. Magától a végrendelkezőtől kell erednie, nincs tehát sem képviselőnek, sem nuntiusnak, a Windscheid-féle Stellvertreter in der Erklärung-nak, helye. A végrendelkezőnek kell megirnia, vagy aláirnia. Hogy a nyilatkozat valódisága megóvassék, a római jog is, a mai is számos intézkedést tett a hamisitások ellen. Ilyen többek közt a *lex Cornelia de falsis*, a *SC. Libonianum*, a mely szerint érvénytelen az olyan örökös kinevezés, vagy hagyomány, a mely a szöveg irója javára szól, kivéve, ha a végrendelkező azt megerősiti, vagy ha a szövegiró volna ab intestato is egyedüli örökös. Régebben a nyilatkozat valódiságán kivül azt is megkivánták, hogy bizonyos formában történjen (Titius heres esto, heres sit, heres sunto stb.), még Gaius is igy adja elő, de már a 4. századtól kezdve ettől eltekintettek, bármily forma elegendő lett. Sok szól azonban még ma is a régi formalismus mellett, mert belőle világosan kiderült, hogy a részeltetett milyen jogállást nyerjen. Nehéz teherré lesz azonban a formaság azok számára, a kik a jogi terminusokkal nincsenek egész tisztában, a mint hogy pl. a közéletben az örökös szóval nemcsak a herest, hanem a legatariust

is jelöljük. Megkivánja továbbá a római, és ennek alapján a mai jog is, hogy az örököskinevezés teljesen az örökhagyótól eredjen, önálló legyen, ne függjön harmadik személy akaratától. Nem engedheti tehát át az örökhagyó másnak a hagyaték feletti rendelkezést, pl. az legyen örökösöm, quem Titius voluerit. Az ilyen rendelkezés érvénytelen. Kerülő úton azonban mégis elérhető az, hogy harmadik személytől függjön, ki legyen az örökös, hogy tehát harmadik személynek is legyen beleszólása az örökös személyébe. Érvényes pl. az olyan institutio, Sempronius legyen örökösöm, si Titius in capitolum ascenderit, vagy A. legyen örökösöm, ha B. neki adja lányát, söt Ulpianius szerint (l. 1. pr. D. IX. 31.) az is érvényes, ha az institutio úgy szól, Sempronius legyen örökösöm, si Titius voluerit, ha Titius is beleegyezik.

A dispositio világossága és határozottsága a régi jog szerint azt is magával hozta, hogy az institutio incertae personae érvénytelen volt. Örökössé nem lehetett olyat kinevezni, a kit az örökhagyó nem ismerhetett. Ilyen a postumus. (Később ennek institualását már megengedték, söt meg is kivánták.) Incerta persona volt továbbá a jogi személy és a végrendelkező előtt bizonyos minőségben ismeretlen személy, pl. lányom leendő férjének apósa. Később már ezeket is ki lehetett nevezni. Ma már érvényesen minden oly személy nevezhető ki, a ki az elhunyt halála idejében már életben van, vagy legalább mint nasciturus már létezik. Ide vág a hires Schedel-féle per, a mikor örökössé a hagyatékból létesítendő alapitvány volt kinevezve. Vita volt, hogy lehet az alapítvány örökös, hiszen nem létezik még az elhunyt halálakor? Erről különben már a 179. l.-on volt szó.

A kinevezés többé-kevésbbé expressis verbis történhetik, a fő az, hogy elég világos legyen. Ép ezért a régi jogban azt a szabályt állították fel, hogy *positus in condicione non est positus in dispositione.* Ha tehát a végrendelet úgy szólott: ha fiam nem lenne örökösöm, legyen testvérem, a régi jog szerint ez alapon a fiú nem lett örökössé. Ez azonban ma már elavult szabály, ma a fiú kinevezését ily formában elég világosnak tartjuk. Ez megint nem azt jelenti, mintha ma a forditottja állana, hogy positus in conditione est positus in dispositione. Ez ép oly kevéssé áll, mint a másik. Általános szabályból nem lehet kiindulni, azt kell nézni, hogy in concreto elég világos-e a rendelkezés. Ép ezért érvényes az oly rendelkezés, mely érthető, világos, de hamisan, helytelenül jelöli meg akár az örököst, akár a hagyományozott dolgot. *Falsa demonstratio non nocet,* hacsak kivehető, hogy az örökhagyó mire gondolt.

Végül meg van engedve az ú. n. *testamentum mysticum,* a mikor a végrendelkező a maga irott végrendeletében valamely más lepecsételt iratra utal. Pl. az legyen örökösöm, a kit a lepecsételt okiratban megneveztem. Ily módon az örökhagyó kibujik a vég-

rendelet formaságai alól, mert az örökös nevét vagy más intézkedést tartalmazó iratot a végrendeleti formák nem kötik. Igen czélszerűtlen intézmény, a melyet ép ezért szóbeli végrendeletnél alkalmazni nem lehet.

Az örökös kinevezésnek továbbá nemcsak világosnak és öntudatosnak kell lenni, ép oly fontos kellék az is, hogy szabad legyen. A végrendeletnél ez fontosabb, mint az inter vivos ügyleteknél, mert utóbbiaknál a forgalom érdekében egy és más tekintetben enyhítünk az elven. A végrendeletnél nagy súlyt tulajdonitunk annak, hogy az akaratnyilvánításnál sem tévedés, sem tévedésbe ejtés (csalás) ne forogjon fenn. A tévedés (67—68. l.), a mely különben teljesen közömbös, itt fontos. Ha a tévedés causam dans (71. l.-on kifejtettek mintájára), akkor a végrendelet megdől, de ha a tévedés csak valami mellékes indok tekintetében forog fenn, vagy a végrendelkező szándékosan hamis indokot hozott fel intézkedése mellett, az a végrendeletnek nem árt. Ezt jelenti az a szabály, hogy *falsa causa non nocet*. Ez persze a praxisban gyakran okoz nehézséget, mert igen nehéz annak a megállapítása, hogy mi volt a kinevezés főindoka. Pl. kinevezem A.-t örökösömmé, mert azt hiszem, hogy törvénytelen gyermekem már meghalt, holott még él. Nagyon vitás lehet, vajjon ez-e a főindok?

Nem érvényes az oly végintézkedés sem, melyet vis ac metus, fenyegetés alapján tett az örökhagyó. Ennek megitélése az irodalomban nagyon vitás. Windscheid, Vangerow szerint az ilyen institutio megtámadható actio és exceptio quod metus causával, söt Schlossmann szerint teljesen érvényes, Dernburg és mások meg azt vélik kiolvasni, hogy ilyenkor indignitás forog fenn, a fenyegetés alapján instituált mint indignus veszi el a hagyatékot, végül Arndts nyomán Schwarz az ilyen institutiót semmisnek tekinti. (70. l.) Egészen más a kérdés, ha a fenyegetés nem az institutio megtételét kényszeríti ki, hanem arra irányul, hogy a szabadon történt institutio újabb végrendeletben meg ne változtattassék. Ilyen esetben az első institutio szabad és így érvényes, de az instituált indignitas miatt elveszti örökösi positióját. Hogy persze mi a kényszer, mindig quaestio facti, erős rábeszélés még nem az.

Érvénytelen továbbá az *institutio captatorica*, kinevezem A.-t, hogy ő is kinevezzen engem és érvénytelen az *institutio poenae causa facta* is, kinevezem M.-t, hogy N.-t megbüntessem. Nem ismeri el végül a római jog a szerződés alapján való örökösnevezést sem, ennyire szabadnak akarja ezt a fontos ügyletet.

Örökösnek nemcsak egy személy (*heres ex asse*), hanem többen is instituálhatok. Ilyenkor örököstársakról, *coheredes* beszélünk. Ilyenek persze nemcsak az ex testamento, hanem a sine testamento öröklésnél is előfordulhatnak. Coheredes létében a legfontosabb kérdés, hogy milyen részek erejéig örökösök? A római jog a következő szabályokat állítja fel:

Az örököstársak, ha a végrendelkező máskép nem intézkedett, a rómaiknál egyenlő részekben örököltek. Ha azonban az örökhagyó a többi örököstárstól elkülönítve többeket összeköt akár egy elnevezés alatt (Primus et *fratris mei filii* heredes sunto; *heredes re et verbis coniuncti*), akár egy kifejezéssel egy mondatban (Titius heres esto, *Maevius et Seius* heredes sunto; *heredes verbis coniuncti*), akár különböző mondatokban (Titius heres esto, Seius heres esto, *ex qua parte Seium institui, ex eadem Sempronius heres esto; heredes re tantum coniuncti*), ezek az összekötöttek (coniuncti) csak egy örökrészt kapnak. Ha az örökhagyó az örököstársak részeit megjelölte, de ezek a részek az örökséget ki nem meritik, a maradék meghatározott részeik arányában oszlik meg köztük (mert nemo pro parte testatus, pro parte intestatus desedere potest). Viszont aránylagos levonást szenvednek, ha részeik összege az örökségnél nagyobb. Ha több örökös meghatározott részre, mások részmegjelölés nélkül vannak kinevezne, akkor ez utóbbiak egyenlő részekben kapják a meghatározott részek levonása után fenmaradó vagyont. Ha a meghatározott részek az örökséget kimerítik vagy túlhaladják, akkor a részeket felezik, harmadolják stb. mindaddig, mig a rész nélkülieknek is marad valami. Ha az örökhagyó először valakit egyedüli örökösnek rendel, később pedig másokat meghatározott részekre jelölt ki, akkor Iustinianus szerint az egészre kirendelt sine partibus institutusnak tekintetik és csak a maradékot kapja. Ha azonban a teljes örökség kimerítése után az örökhagyó még egyeseket kifejezetten a maradékra (ex reliqua parte) rendel, ezek semmit sem kapnak.

Ha az örököstársak közül egyesek bármely okból kiesnek, részüket a többi örököstársak nyerik (accrescentia, ius accrescendi) részeik arányában. Ha azonban a coniunctim kinevezettek közül esnek el egyesek, akkor részük csak a velük kapcsolatosan kinevezettek részéhez accrescal és csak, ha az összes, coniunctim kinevezettek esnek el, járul részük a többi coheres részéhez.

Ismerte továbbá a római jog a *heredis institutio ex certa re-t*, bizonyos hagyatéki tárgyra való kinevezést. A. örökölje házamat, B. földemet, C. ingóságaimat. Ez voltaképen contradictio in adiecto, az örökösök fogalmának ellentmond, hiszen az örökös universalis successor, nem pedig ex certa re. Ha a certa res megjelölése csak kiemelése a hagyaték legfontosabb tárgyainak, akkor felesleges, ha pedig megszorítása akar lenni az örökösnek, akkor jogi és logikai ellentmondás és így az ilyen végrendeletnek érvénytelen kellene lennie. De a rómaiak, hacsak lehető volt, fenn igyekeztek tartani a végrendeletet (*favor testamenti*) és ezért fentartották az örökösödést e végrendelet alapján is. Hogy ez lehető legyen, a római jog következő értelmezési szabályokat állitja fel: 1. Ha csak egy örökös van instituálva, még pedig certa resre, pl. A. örökölje házamat, akkor a certa res hozzátétele pro non scripto vétetik és A. univer-

salis örökösöm lesz. Ha azonban a certa resre való megszorítás harmadiknak érdekében történt, a mi más intézkedésekből tünik ki, akkor A. lesz örökösöm, de azzal a fideicommissummal megterhelve, hogy a certa resen kivül mindent ennek vagy ezeknek a harmadik személyeknek adja át. Ha azonban a certa res a hagyaték negyedénél kisebb értékű volna, akkor nemcsak a certa rest tarthatja vissza, hanem az egész quarta Falcidiát. 2. Ha többen vannak örökösök, még pedig mindegyik certa resre, akkor mindnyájan rendes örökösök, és a certa resnek csak annyiban van jelentősége, hogy a felosztásnál az egyeseknek kijelölt dolog az ő osztályrészükben benne kell hogy legyen. Ha pedig osztályrészét felülhaladná, akkor mint praelegatumot kapja. 3. Ha a certa resre kinevezett vagy kinevezettek mellett rendesen kinevezett örökösök is vannak, akkor előbbiek is rendes örökösöknek tekintetnek ugyan, de azzal a fideicommissummal terhelve, hogy örökrészüket a certa res kivételével a rendesen kinevezett örökösöknek átengedjék. Ez a constructio azért érdekes, mert így a heredes ex certa re örökösi positiója meg van óva. Ha tehát a rendesen kinevezettek az örökséget el nem fogadnák vagy el nem fogadhatnák, a heredes ex certa re korlátlan örökösökké lesznek.

A heredis institutio azokhoz az ügyletekhez tartozik, a melyek csak bizonyos feltételt, t. i. conditio suspensivát tűrnek meg, de conditio resolutivát nem, mert ez beleütközne abba a római elvbe, hogy *semel heres semper heres*. A suspensiv feltételhez kötött heredis institutiónál a delatio csak a feltétel beálltával áll be, addig az örökség hereditas iacens, de a praetor az ilyen feltételesen kinevezett örökösnek a feltétel beálltáig is megadta a bonorum possessio secundum tabulast. A condicio resolutivát, mint mondtuk, a végrendelet nem tűri meg, de a favor testamentinél fogva nem az egész rendelkezés lesz érvénytelenné, hanem csak a conditio vétetik pro non scripto, ép úgy mint az erkölcstelen és derisoria conditio is (l. 74. l.). Ha a suspensiv feltétel oly conditio negativa, a melynek beállása csak az örökös halálával válik bizonyossá, pl. A. legyen örökösöm, ha meg nem házasodik, akkor az így kinevezett rögtön megkapja az örökséget, illetve a favor testimentinél fogva a feltétel beállottnak tekintetik, ha cautiót ad, hogy tartani fogja magát a feltételhez. Ezt a cautiót a hasonló feltétellel terhelt hagyományok megkapása czéljából adott cautio mintájára *cautio Muciana*-nak nevezzük.

Ugyancsak pro non scripto vétetik minden időhatározmány, úgy a dies ad quem, mint a dies a quo. Ellenben érvényes a heresnek modussal való megterhelése.

Az ú. n. *substitutio* sem egyéb voltaképen, mint suspensiv feltétel alatti kinevezés. Kinevezem első sorban A.-t, de ha A. nem lenni örökössé, legyen B. Itt B. van substituálva A.-nak, B. a substitutus heres, az azzal a feltétellel kinevezett örökös, ha az

institutus nem lenne azzá. Ez a vulgaris substitutio. Egész más azonban a pupillaris substitutio. Nézzük ezeket sorban.

1. *Substitutio vulgaris*, örököshelyettesítés. Ha az institutus, a primo gradu heres, az örökséget el nem fogadná (casus noluntatis) vagy el nem fogadhatná (casus impotentiae) örökössé lesz a substitutus. Ezzel el akarja az örökhagyó kerülni az intestat öröklés (hacsak 1 institus van), illetve az accrescentia (ha több institutus van) beálltát, a mi máskülönben megtörténne, ha az institutus heressé nem lesz. Ha az első sorban kinevezett örökös előbb hal meg, mielőtt az örökség elfogadásáról nyilatkozott volna, akkor a substitutus csak akkor lesz örökössé, ha nincs helye a transmissiónak. A transmissio erősebb mint a substitutio, hacsak a végrendelkező az ellenkezőt ki nem kötötte. Ha tehát az institutus nem lesz heressé, a substitutus lesz az, még pedig ugyanazokkal a hagyományokkal stb. megterhelve, a melyekkel az institutus. Lehet továbbá plures gradus heredum facere, a substitutusnak is lehet substituálni, a mely esetben, ha az első substitutus meghal, mielőtt a delatio az institutus javára beállt volna, a második substitutus egyenesen az institutusnak lesz substitutusává. *Substitutus substituto est etiam substitutus instituto.*

2. *Substitutio pupillaris.* Ennek csak a neve substitutio. A végrendelkező nem a maga vagyonára nézve állit fel helyettes örököst, hanem az örököse vagyonára állit fel örököst. Nem azt mondja, ha A. nem lenne örökösömmé, legyen B., hanem azt, A. legyen örökösöm, ha A., a ki az örökhagyónak serdületlen filius familiasa, örökösömmé lesz, de meghal, mielőtt serdültségét elérte volna, vagyis meghal, mielőtt végrendeletet csinálhatott volna, akkor én helyette kinevezem B.-t az ő örökösévé. B. tehát nem az A. substitutusa a paterfamilias vagyonára nézve, hanem az A. institutusa. Eleinte ugyan ezt a B.-t az A. substitutusának vették, tehát egyenesen a végrendelkező pater familias örökösének (bár a B.-re jutó örökség esetleg az A. saját vagyonával gyarapodott), de ez a semel heres semper heres elvével ellentétben álló volt, és ezért győzött az a felfogás, a mely szerint a pater familias végrendelete tulajdonképen két végrendeletből, két örökségről való intézkedésből áll, az egyik a saját, a másik a fia végrendelete, illetve a saját és fia vagyonáról való intézkedés. Ez a felfogás azért is helyes, mert B. az A. örököse lesz még akkor is, ha A. a végrendelkezőnek nem is válna örökösévé, illetve a beneficium abstinendivel élne. Sőt azt is megengedték, hogy a paterfamilias a maga serdületlen filiusának örököst (substitutus pupillarist) kinevezzen még akkor is, ha fiát kitagadja. A substitutio pupillaris elveszti hatályát, ha a gyermek eléri serdült korát, vagy ha apja halálakor már nincsen annak hatalma alatt. A substitutio pupillaris mint a fővégrendelet alkatrésze, azzal együtt szintén elveszti hatályát. Ha tehát a fővégrendelet, a primae tabulae, valami módon megdől, vele együtt

megdől a mellékvégrendeleti substitutio. Megjegyzendő, hogy a rómaiaknál igen gyakori volt a pupillaris substitutio összekapcsolása a vulgarissal, olykép, hogy B. nemcsak az A.-nak az institutusa, hanem substitutusa is a végrendelkező hagyatékában. Örökös lesz tehát akkor is, ha A. még apja életében meghalna, és így apja örökösévé nem is lehetne. A kétféle substitutio összekapcsolása oly gyakori volt, hogy később már vélelmezték, ha kifejezetten nem is volt kikötve.

3. *Substitutio quasi pupillaris.* A serdületlen gyermek helyett való intézkedés mintájára a római jog azt is elismerte, hogy bármely ascendens őrült descendense helyett végrendelkezhessék. Ennek a substitutiónak szabályozása azonos a pupillarisével. (Vangerow, Unterhölzner és mások szerint az őrült ilyen örököse nem substitutus, illetve az őrült institutusa, hanem a végrendelkező ascendens fideicommissarius herese.)

Az örökösnevezéssel kapcsolatban említhető az ú. n. *fideicommissarius heres.* Örökösöm legyen A., de A. becsületére bízom, hogy az örökséget mindjárt, vagy bizonyos idő mulva B.-nek adja. B. a fideicommissarius heres, a ki nemcsak testamentumban, hanem codicillusban is kinevezhető. Erről bővebben a hagyományok tanában lesz szó.

168. §. A végrendelet (folytatás).

V. *A végrendelet egyéb kellékei:* A végrendelet érvényéhez az eddig tárgyalt négy kelléken kivül még az is megkivántatik, hogy a testamenti factio tekintetében se forogjon fenn akadály. E végrendelkezőnek meg kell hogy legyen a *testamenti factio activája,* különben sem végrendelete, sem codicillusa nem érvényes. Hiányzik a végrendelkezési képessége a serdületlennek, a ki még gyámja auctoritásával sem végrendelkezhetik (már a kiskorú serdült még a gondnok beleegyezése nélkül is teheti), nem végrendelkezési képes az őrült sem, tekintet nélkül arra, van e gondnoka vagy sem (de lucida intervallaiban tett végintézkedése érvényes), továbbá a gondnokság alatt álló tékozló, azután az olyan, ki valamely testi hibája folytán sem szóval, sem irásban ki nem tudja fejezni a maga akaratát, pl. az irni nem tudó süketnéma, végül a régebben Latinus Iunianus és az alieni iuris (a kinek úgy sem volt miről végrendelkeznie). Voltak olyanok is, kiket testamenti factiójuktól büntetésből fosztották meg. A testamenti factio activának a végrendelet készités idején kell fenforognia, későbbi nyerése nem változtat a végrendelet semmisségén. Ha az örökhagyó a végrendelet készítése után elveszti testamenti factióját, a végrendelet is megdől (*testamentum irritum*).

Szükséges továbbá az is, hogy az örököstül kinevezett öröklési képes legyen, *testamenti factio passivája* legyen. A római jogban ez

a rómaiak előjoga, ma az általános jogképességben benne foglaltatik. Ma mindenki kinevezhető örökössé, a ki a végrendelkező halála idején él, vagy nasciturus. A római jogban nem volt kinevezhető testület, alapitvány (a fiscus, a községek, az egyház és más pia causa kivételével), hacsak erre külön privilegiumot nem nyert, és nem volt kinevezhető a postumus. Rabszolga kinevezhető, de ezzel Iustinianus szerint egyszersmind szabadságát is megnyeri, ha pedig másnak rabszolgája van kinevezve, örökös az ő mindenkori gazdája lesz. A kinevezett idegen rabszolga tehát értékpapir, mert az adeálhatja az örökséget, a ki a rabszolgának épen tulajdonosa. Nem nevezhető ki végül az, a ki büntetésből ezt a képességét elvesztette. A testamenti factio passivának a római jog szerint három időpontban kell fenforognia, ú. m. a végrendelet készítése, a delatio és az aditio időpontjában, illetve ez utóbbi kettő közti idő alatt is. Ma ettől a három időponttól már eltekintünk és csak a halál időpontjára vagyunk tekintettel.

Azt a képességet is, hogy valaki tanú lehessen a végrendelet készítésénél is testamentifactiónak nevezik a források. Ilyen *testamenti factio testise* a különben is cselekvőképteleneken kivül a becstelennek, a süketnek, némának, vaknak, a serdületlennek, a nőnek, a tékozlónak, az örökösnek és utóbbi apja, fia, és a vele egy hatalom alatt állónak sincsen.

Mint a végrendelet érvényének hatodik kelléket lehetne azt emliteni, hogy a végrendelet csak akkor érvényes mind az eddigi 5 kellék fenforgása esetén is, ha még a végrendelkező életében meg nem dől. Megdől, mint láttuk, új suus agnascálásával (*testamentum ruptum*), és a végrendelkező testamenti factiója elvesztésével (*testamentum irritum*), de megdől a visszavonással is (szintén testamentum ruptum). Iustinianus idejében a végrendelet már visszavonható jogügylet. A visszavonás megtörténhetik, vagy közvetlenül, vagy közvetve. Közvetlenül történhetik irásban, vagy szóval, vagy tettel, pl. szétszakitom a végrendeletemet azzal a szándékkal, hogy igy megdőljön, a mely szándék mindig praesumáltatik is. Közvetett visszavonás új végrendeletnek a készitése. Theodosius (418-ban K. u. l. 4. l. 44) odáig ment, hogy szerinte minden végrendelet megdől, ha készitője a végrendeletkészités után még 10 évig él, Iustinianus azonban ezt az intézkedést mellőzte. Hasonló intézkedés áll a mi szóbeli végrendeletünknél is, a melynek érvénye csak 6 hónapra terjed.

A végrendelet megdőlésének esete az is, ha a végrendeleti örökös az örökséget el nem fogadhatja, vagy el nem akarja fogadni. Az ilyen végrendelet *testamentum desertum vagy destitutum*. Ily esetben, valamint olyankor, ha általában nincs végrendelet, a törvényes öröklés áll be.

169. §. Delatiót keletkeztető tények: II. Törvényes öröklés.

Az ú. n. törvényes öröklés ma sem kizárólag a család öröklése, a római jogban sem volt az. A főeset azonban akkor is, most is a családi öröklés (*successio ab intestato ordinaria*), csak kivételes másnak, pl. a fiscus, a patronus törvényes öröklése (*successio ab intestato extraordinaria*).

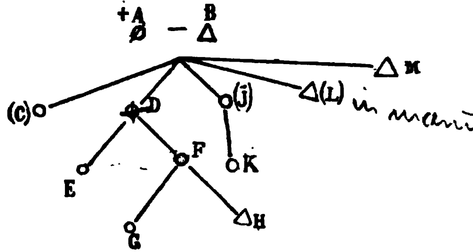
A törvényes öröklésnek csak subsidiarius jellege van. Csak akkor van helye, ha végrendelet, vagy általában nincs, vagy érvénytelen, illetve, ha a végrendeleti örökös az örökséget repudiálja, visszautasítja. Ha több örökös van instituálva, csak akkor áll be a törvényes öröklés, ha mind visszautasítja, vagy meghal, mert különben accrescentia áll be. A transmissio is útját állja a törvényes öröklés megnyilásának. Ellenben ab intestato áll be az öröklés akkor is, ha a suspensiv feltétel, melyhez az örökösnevezés terhelve volt, be nem áll. Ez utóbbi esetben, de még máskor is, a delatio hereditatis ab intestato nem esik össze szükségképen az örökhagyó halálával. A törvényes öröklés e különböző esetekben való beállása közt van némi különbség is. Ha az elhunyt után érvényes végrendelet nem is maradt, a törvényes öröklés azok javára áll be, a kik a halál pillanatában delatusok ab intestato, ha ellenben a végrendelet csak az elhunyt halála után dől meg, akkor azok javára áll be a törvényes öröklés, a kik a destitutio pillanatában a legközelebbi intestat örökösök.

A successio intestati ordinaria, mint mondtuk, a család javára áll be. Csakhogy más volt a család a 12 tábla, más Iustinianus korában. Előbbi az agnat, utóbbi a cognat, a vérrokonsági család kora. Ennek megfelelően a 12 tábla az agnat, Iustinianus a cognat család számára adja meg a törvényes öröklés jogát. Közbe esik a praetor, a ki mind a két családot elismeri, és így mindkettőt meghivja az örökséghez. A 12 tábla és a praetor öröklési rendjét már a történeti áttekintésben adtuk. Itt csak pótlólag jegyezzük meg a következőket:

I. A *XII. tábla* szerint: *cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.* Örökölnek tehát első sorban a *suus*-ok, azok, a kik a paterfamilias halálával sui iurissá válnak, vagyis mindazok, kik a paterfamilias közvetlen hatalma alatt állnak (gyermekei, kivételével az emancipatusnak, az in adoptionem datusnak és a kiházasitott, még pedig manusbeli házassággal kiházasitott lánynak, továbbá az adoptatus, arrogatus, azon távolabbi férfiágú descendensek, kiknek közbenálló ascendensei vagy már meghaltak, vagy más módon kerültek ki a paterfamilias hatalmából, végül az uxor in manu, mert filiae

loco est). Az öröklés itt nem per capita, hanem per stirpes történik. Pl.

Meghal A., marad felesége B., emancipált fia C., elhunyt D. fia után unokája E. és dédunokái G. és H., emancipált fia J. és ettől unokája K. férjhez adott lánya L. és hajadon lánya M. Suusok: B., E., G., H., K. és M. Ha per capita, azaz fejenként történne az osztozkodás, mindegyik a vagyon hatodát kapná. De nem így van. Az öröklés per stirpes történik, vagyis B., K. és M. a vagyon egy-egy negyedét kapják, E., G. és H. együtt szintén csak $^1/_4$-et, mert ők adják a D. stirpsét. Köztük megint ez a negyed úgy oszlik meg, hogy E. kapja a felét, vagyis az egész hagyaték $^1/_8$-át, G. és H. együtt szintén felét, mert ők F. stirpsét alkotják. G. és H. tehát a hagyaték $^1/_{16}$—$^1/_{16}$-át kapják. A távolabbi suusok tehát együtt annyit kapnak, a mennyit apjuk kapott volna, ők apjukat repraesentálják (*ius repraesentationis*).



Ha suus egyáltalában nincs, meghivatnak az agnatusok, még pedig azok, a kik ha többen vannak, az élő agnatusok közt a legközelebbi fokon állanak. Ezen per capita örökölnek, tehát egyenlő részben coheresek. Ha ezek el nem fogadják, a hereditas vacua. Nem mentek tehát át a távolabbi agnatusokra, sem a gentilesekre. Nincs successio ordinum et graduum. A gentilesekre csak akkor kerül rá a sor, ha egyáltalában sem suus, sem semmiféle agnatus nincsen.

II. A *praetori bonorum possessio intestati* ezt a sorrendet megváltoztatta. Első sorban meghivja a *liberit* (minden suus és minden oly volt suus, a ki másnak a hatalmában nincsen). A liberi sem per capita, hanem per stirpes örökölnek. Az előbbi példában tehát örökölnek B., E., G., H., K. és M. mint suusok, C. és I. mint ficti sui. B., C., J. K. és M. $^1/_6$—$^1/_6$-ot kapnak, E., G., H., együtt szintén $^1/_6$-ot kapnak, még pedig E. $^1/_{12}$-et, G. és H. pedig $^1/_{24}$—$^1/_{24}$-et. I. és K. tehát külön örökölnek, holott ha I. nem emancipáltatott volna, K. nem örökölne és így a többi örökös is nagyobb hányadban részesülne. Ezért Salvius Iulianus az edictum perpetuum codificatora ezt az edictumhoz fűzött clausulában úgy módositotta, hogy az emancipált gyermekeivel együtt csak egy gyermekrészt kapjon, úgy hogy ennek fele az övé, másik fele az ő gyermekeié. Ez a *nova clausula Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis eius*. E szerint az osztály ez lesz: B., C. és M. $^1/_5$—$^1/_5$-öt, E., G., H. együtt szintén $^1/_5$-öt, még pedig E. $^1/_{10}$-et, G. és H. $^1/_{20}$—$^1/_{20}$-ot, I. és K. együtt szintén $^1/_5$-öt, vagyis egyenkint $^1/_{10}$-et kap. A gyerme-

kével így összekapcsolt emancipatus fel volt mentve a collatio alól, mert hisz általa a suusok nem szenvedtek sérelmet.

Ha liber nem jelentkezett (1 annus utilis alatt) vagy nincs, a praetor meghivja a második ordót: *unde legitimi* (ius civile szerinti örökösök, tehát sui, proximi agnati és gentiles). Ha tehát a suus az első évben elmulasztotta az agnitiót, jelentkezhetik a második évben mint legitimus.

Ha legitimus sincs vagy nem jelentkezett, következnek a *cognatusok*, a vérrokonok a 6. illetve 7-ik fokig, természetesen a legközelebbiek kapják meg, még pedig per capita, ius representationisnak nincs helye. (A rokonságszámítás fokonként történik, még pedig vagy *linea recta*-ban, ascendensek és descendensek, vagy *linea transversa*-ban, oldalrokonok. A számítás utóbbinál úgy történik, hogy közös ősig számitjuk a fokokat és onnan ismét le. Szabály, hogy *tot gradus, quot generationes.* Az apa fiának és viszont első fokú rokona, a nagyapa az unokának és viszont másodfokú stb. Testvérek másodfokúak, mert egy fok a közös apáig, onnan le ismét egy fok. Nagybátyám harmadfokú rokonom, példánkban G.-nek E., mert G.-től fel kell mennünk a kettő közös őséig D.-ig, az két fok, D.-től le E.-hez 1 fok, összesen három. Unokatestvérek negyedfokú rokonok pl. E. és K., mert E.-től a közös ősig A.-ig két fok, A.-tól le K.-ig szintén kettő, összesen négy. Férj és feleség közt, megjegyzendő, általában nincs rokonság, hanem affinitás, sógorság, úgyszintén a házastárs rokonai is sógoraink azon fokban, a melyben házastársunk rokonai.) A cognatusokat a praetor a 6-ik fokig (*sobrinus*) hivja meg, a 7-ik fok közül csak a távoli unokatestvérnek megfelelő ú. n. *consobrinusokat.* Ha közelebbi fokú rokon nem fogadja el az örökséget, a praetor a távolabbit hivja meg (successio graduum), és csak ha a consobrinus sem fogadja el, kerül sorra a következő ordo:

Unde vir et uxor, férj után a feleség, feleség után a férj.

III. *Iustinianus a 118. és* az azt kiterjesztő *127. novellában* egészen új öröklési rendet hoz be, a melyet a középkori jogászok következő versbe foglaltak össze:

Descendens omnis succedit in ordine primo
Ascendens propior, germanus, filius eius
Tunc latere ex uno iunctus, quoque filius eius
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Első sorban meghivatik minden *descendens* in infinitum, persze minden stirpsben a legközelebbi élő. Tehát példánkban C., E., G., H., I., L. és M. A nő után még törvénytelen gyermekei is meghivatnak, az apa után csak a törvényesek, továbbá az adoptált gyermek is. Az osztály per stirpes történik. Tehát C., I., L. és M. $^1/_5$—$^1/_5$-öt, E. $^1/_{10}$-et, G. és H. $^1/_{20}$—$^1/_{20}$-ot. Itt is megvan tehát a ius repraesentationis, de ez csak a portióra vonatkozik, nem arra,

hogy az unokák apjuk jogát helyettesitenék. Ők proprio iure örökölnek, tehát még akkor is örökölnek, ha apjuk öröklési képtelen volt.

Ha descendens nincs, vagy el nem fogadja, akkor az *ascendentes, a teljes testvérek (germani) és ezek gyermekei* örökölnek. Ha csak ascendensek vannak, akkor ezek in lineas örökölnek, $^{1}/_{2}$-et az apai, $^{1}/_{2}$-et az anyai ágiak kapnak, ha t. i. mindkét ágon egyenlő fokú felmenő van. Ha azonban az egyik ágban közelebbi fokú ascendensek vannak, ezek kapják per capita az örökséget. Ha csak testvérek maradnak, ezek per capita örökölnek, az elhunyt testvér gyermekei pedig iure repraesentationis együtt szintén 1 testvérrészt kapnak. Ha ascendensek is vannak, testvérek is, akkor per capita történik az osztozkodás, az elhalt testvérek gyermekeinek ius repraesentationisével. Ha csak testvérgyermekek vannak, akkor *Azo* 13. századbeli glossator magyarázata szerint per capita történik az osztály.

Ha sem ascendens, sem édestestvér, illetve ennek gyermeke sincs, vagy az örökséget egyik sem fogadja el, akkor harmadsorban a *féltestvérek* és ezek gyermekei jönnek (apai féltestvér: consanguineus, anyai féltestvér: uterinus). A felosztás per capita, illetve, ha praedefunctus féltestvérnek gyermekei is concurrálnak, in stirpes történik.

Ha ilyenek sincsenek vagy el nem fogadják, meghivatnak a legközelebbi *cognatusok*, de már nem a 6—7. fokig, mint a praetornál, hanem a végtelenig. Itt persze per capita történik az osztozkodás és ius repraesentationisnak helye nincs. Megeshetik, hogy valaki az elhunytnak több ágon cognatusa, ekkor ugyanannyi örökrészt is kap.

Ha semmiféle rokon sincs vagy az örökséget el nem fogadja, Iustinianus a praetor mintájára az *unde vir et uxor* osztályát hivja meg.

Az első 4 osztályban Iustinianus elismeri a *successio ordinum et graduumot.* Ha tehát vannak féltestvérek, de azok az örökséget el nem fogadják, meghivja a cognatusokat (successio ordinum), ha pedig a legközelebbi fokú cognatusok nem fogadják el, meghivatnak a távolabbiak (successio graduum). De ennek a praetori öröklésnél csak akkor volt helye, ha az egyszerre meghivottak közül egy sem fogadja el az örökséget, de ha csak néhány nem fogadja el, a többi meg igen, akkor az így megürült részekben nem állt be sem ordinum, sem graduum successio, hanem beállt az ú. n. *accrescentia*, t. i. az örökséget elfogadó örökösök része megfelelően gyarapodott. Ezzel szemben a novellák intentiója az, hogy a successio graduum megelőzi az accrescentiát, accrescentiának tehát csak akkor van helye, ha az ordón belül távolabbi rokon nincs. Kizárja az accrescentiát a *transmissio* is, sőt ez még a successio graduumot

is megelőzi. Megjegyzendő továbbá, hogy az osztály módjára a delatio időpontja a mérvadó, nem pedig az acquisitióé. Ha tehát a delatio idején 1 testvér és 2 praedfunctus testvér gyermekei élnek, akkor per stirpes történik az osztály, még ha az acquisitióig az 1 élő testvér is meghalt, holott, ha a delatio előtt halt volna meg, Azo magyarázata szerint per capita örökölnének.

A successio intestati extraordinaria. Ide tartoznak a következők:

1. *A mulier (vidua) inops vagy indotata*, a szegény, dos nélküli özvegyről külön kellett gondoskodni, mert hiszen a törvényes sorrendben nagyon hátra került. A praetornál még csak 7 fokú rokonság előzte meg, Iustinianusnál már minden cognatus a végtelenig, úgy hogy a legritkább esetekben került rá a sor. Ha már most dosa sincs, vagy nagyon kevés van, akkor ki volna szolgáltatva az éhhalálnak. Ezért Iustinianus elrendeli, hogy az elhunytnak özvegye, ha férje haláláig vele együtt élt, a hagyaték $^1/_4$-ét kapja, tekintet nélkül arra, hogy ki az örökös. E negyednek azonban nem szabad 100 font aranynál többre rúgnia. Ha az elhunyt gyermekei az örökösök, és háromnál többen vannak, akkor a feleség nem fix hányadot, vagyis $^1/_4$-et kap, hanem 1—1 gyermekrészt, sőt ha az öröklő gyermekek egyszersmind az övéi is, e hányadnak csak haszonélvezetét nyeri. Vangerow és a nyomán uralkodó theoria szerint az asszonynak ez a jutaléka nem törvényes örökrész, hanem törvényes legatum. Ez azonban csak a saját gyermekeivel concurráló özvegyre áll, minden egyéb esetben a források örököstársnak nevezik. Az özvegynek ezt a részét a férj még végrendeletileg sem vonhatja meg, tehát köteles rész.

2. *Törvénytelen (concubinatusból származó) gyermekek* anyjukkal együtt nemzőjük hagyatékának $^1/_6$-át kapják, ha utána sem törvényes gyermekek, sem törvényes feleség nem maradt. A praxis ezt minden törvénytelen gyermekre kiterjesztette.

3. Ha senki sem fogadja el az örökséget, akkor a lex Papia Poppaea szerint a vacans hereditast a *fiscus* kapja (katona hagyatékát *hadteste*, papét *egyháza*, ápoltjaiét a *szegényházak*). A fiscus csak ad vires hereditatis felelt a hitelezőknek és ha a hagyatékot eladta, teljesen mentesült. Ha a hagyaték testamentum destitutum alapján szállt a fiscusra, a benne foglalt hagyományok még akkor is teljesitendők, ha a testamentumban a clausula codicillaria nincs meg. Ez az egyik sajátos szabály a fiscus öröklésénél, a másik meg az, hogy igénye 4 év alatt elévül.

170. §. Az örökség megszerzése.

Az örökösi positio keletkezésének tényállása, mint láttuk, successiv tényállás, több egymásután beálló tényállásból van összetéve. Ezek az örökhagyó halála, az örökség megnyilása vagy ex testa-

mento, vagy ab intestato, és harmadszor az örökség megszerzése, *acquisitio vagy aditio hereditatis*. Az erre vonatkozó szabályokat már nagyrészt előadtuk. Láttuk a történeti részben, hogy csak a voluntarius heres, az extraneus, szorult az aditióra, a melynek módjai: a formátlan *aditio*, *pro herede gestio* és a sollemnis *cretio*. Láttuk továbbá, hogy a praetor már minden örököstől megkivánta az *agnitiót*, a melynek alapján végbevitte a *datio bonorum possessionist*, még pedig minden cognitio nélkül. Iustinianus ismét helyreállította a régi rendet azzal, hogy a gyermekeket ismét necessarius heresekké tette cum beneficio abstinendi. Nála az örökség már korlátolva vagy korlátlanul szerezhető meg, a szerint, a mint az örökös a beneficium inventariivel él vagy sem.

A megszerzési időre vonatkozólag láttuk a praetor intézkedését, a ki 1 annus utilist adott a descendenseknek és ascendenseknek, 100 utilis diest minden más örökösnek. Láttuk továbbá az örökös jogai és kötelességei czímű szakaszban a *tempus deliberandit*, a meggondolási időt, mely legfeljebb 9 hóra terjedhetett, ugyanott láttuk továbbá, hogy a beneficium inventarii miként változtatott rajta.

E helyütt még csak az incapacitást kell tárgyalnunk. Vannak oly személyek, a kik számára a delatio megtörténik ugyan, de ők a hagyatékot még sem szerezhetik meg, örökösökké még sem lehetnek. Bizonyos személyeknek nincs meg a megszerzési képességük. Az ilyen incapax személy azért lehet végrendeleti örökösnek kinevezve, és ha mint ilyen nem is szerzi meg az örökséget, nem áll be az intestat örökség, ebben különbözik attól, a kinek testamenti factio passivája nincs.

Ilyen incapax személyek: 1. a lex Papia Poppaea szerint a coelebs és orbus, a ki megfelelő kora daczára sem házas, illetve gyermektelen. A coelebs, hacsak a delatiótól számított 100 nap alatt meg nem házasodik, teljesen, az orbus pedig a fele örökségtől esik el és az így meg nem szerzett részt (*bonum caducum*) azok a végrendeleti örökösök kapják, a kiknek gyermekeik vannak, ilyenek hiján a gyermekáldásban részesült hagyományosok, ilyenek hiján a fiscus. A bonum caducum megszerzésére szolgál a *vindicatio caducorum*.

2. Incapax volt a lex Iunia Norbana alapján a Latinus Iunianus, hacsak a delatiótól számított 100 nap alatt a civitást meg nem szerzi.

Ezt a két esetet, mely politikai sociologiai szempontból indult ki, Iustinianus megszüntette, sőt a lex Papia Poppaea rendelkezését már Constantinus helyezte hatályon kivül, úgy hogy ma csak nehány családjogilag indokolt incapacitas áll még fenn. Ilyen

3. a parens binubus második házastársa, ki csak annyit kaphat akár inter vivos, akár mortis causa, mint a mennyit az előző házasságból származó legkevésbbé dotált gyermek. A mit többet kap,

egyenlően oszlik meg az előbbi házasságból származott gyermekek közt.

4. A törvényes descendenseket hátrahagyónak törvénytelen gyermekei és azok anyja a hagyatéknak csak $^1/_{12}$-ét szerezhetik meg, a többi a törvényes örökösökre száll.

5. Incapax végül a mulier probrosa.

III. FEJEZET. AZ ÖRÖKJOG VÁLTOZÁSA.

171. §. Az örökjog változása.

Az örökjog, helyesebben az örökösi positio változása lehet tárgyi és lehet alanyi.

Tárgyilag változik pl. az accrescentia által.

Az *alanyi* változásnál ismét meg kell különböztetni az inter vivos és mortis causa változást. Inter vivos in iure cessio hereditatis által léphet az örökös helyébe más, mortis causa pedig a transmissio által lép az elhunyt örökös (helyesebben örökösjelölt) helyére más.

1. Az *in iure cessio hereditatis* nem a mai örökségvétel. Ma a leendő örökös még az örökhagyó életében előre eladja az örökségre való kilátását. Ezt a római jog nem ismerte és helyesen, mert rendesen uzsorára ad alkalmat. Ismerte ellenben a római jog az örökség eladását úgy a delatio stadiumában, mint a már elfogadott örökségét is.

In iure cessióval átruházható tehát a még el nem fogadott, de már deferált *legitima* hereditas. E szerint csak a törvényes ex asse, t. i. egyedüli örökösök élhettek az in iure cessióval, testamentarius örökösök nem, mert hisz ők az örökhagyó bizalmi emberei, a kik személyesen tartoznak az örökséget rendezni. Nem in iure cedálhatja az örökséget a suus sem, mert hiszen nála a delatio stadiuma általában elesik. Az in iure cessio folytán a vevő örökössé lesz, csak ő veheti át az örökséget és egyedül ő felel a hagyatéki hitelezőknek. Az eladó elesik minden örökségi jogtól, de az örökségi terhektől is ment. Az in iure cessio delatae hereditatis a régi jogban a successio graduum et ordinumot pótolta, a mennyiben a delatus proximus agnatus, a ki az örökséget elfogadni nem akarta, a mi által az vacanssá lett volna, a maga positióját távolabbi agnatusra ruházhatta. Ma már igen aggályos volna ennek az intézménynek az elismerése, mert a meghivott örökösnek arra ad módot, hogy az örökség vagyoni előnyét, a vételárat, a hátrányok nélkül élvezze és mert továbbá a hagyatéki hitelezők a hagyatéki vevő személyében esetleg kevésbbé jó adóst nyernének. Hadrianus óta az in iure cessióval együtt a deferált örökség eladása is lassanként megszünt.

Átruházható másodszor a már megszerzett örökség is és voltaképen csak ez tartoznék ebbe a fejezetbe, mert a delata hereditas átruházásával nem az örökös személyében történt változás, hanem csak az örökösjelöltében. Csakhogy megint a már aquirált örökség eladásával az örökösi positio valójában nem változik, mert a hagyatéki hitelezőknek továbbá is az eladó felel. Ez az adásvétel kifelé nem hat, ez csak az eladó és vevő közt állapítja meg azt a viszonyt, hogy kölcsönösen oly gazdasági eredménynek előállitására vannak kötelezve, mintha a vevő és nem az eladó volna az örökös. Az eladó köteles a hagyatéki dolgokat traditióval, a követeléseket cessióval átruházni. (Ha az eladás in iure cessio formájában történt, a dolgok külön átruházására nem volt szükség, mert hiszen az in iure cessio egyszersmind, sőt valójában csakis tulajdonátruházási szerződés.) Ezzel szemben a hagyatéki vevő a vételár megfizetésén kivül a hagyatéki tartozások átvállalására is köteles. De mint mondtuk, ez csak belső viszony, a hagyatéki hitelezők tovább is csak a régi örökös ellen fordulhatnak. Ma e tekintetben annyiban állt be változás, hogy a hitelezők a vevő ellen is fordulhatnak.

2. A mortis causa változásoknál csak a deferált örökségben történt változásról lehet szó. Mert ha A. az örökös már megszerezte az örökséget és azután hal meg, az örököse B. nem két vagyont örököl, t. i. A.-ét és A. örökhagyójáét, ő csak A. vagyonát örökli, a melyben benne van az A. örökhagyójának vagyona is. Ő tehát nem lép az A. örökösi positiójába, hanem önálló új örökösi positiót nyer. Az örökösi positio átruházásáról e szerint csak a deferált, de még nem acquirált örökségnél lehet szó, t. i. az örökösjelölt halálával helyébe más örökösjelölt lép. Ez azonban beleütközik a római jognak azon alapelvébe, hogy *semel heres semper heres*. Ezért nem is ismeri a római jog azt, hogy a deferált személy maga végintézkedésében úgy rendelkezzék, hogy delationalis positiómat átruházom A.-ra. A delationalis helyzet átruházását per negotium mortis causa a római jog nem ismeri. Lépésenkint azonban elismerte azt, hogy az elhunyt delatus helyébe az ő örököse ex lege lépjen, a delatus örököse fogadhassa el az elhunytnak deferált örökségét. Ezzel elejét vették annak, hogy a delatus halálával az ő örökrésze megürüljön, nem állott be tehát sem successio graduum, sem accrescentia, illetve végrendeleti örökségnél substitutio, illetve szintén accrescentia. A delationalis positiónak ez az ex lege való átszállása az, a mit *transmissio*-nak nevezük.

A legrégibb transmissio a *transmissio ex iure suitatis*. Ha a suus örökös meghal, mielőtt paterfamiliasa örökségébe elegyedett volna, ez az örökség a suus örökösére száll. Ezt helytelenül nevezik transmissiónak, mert nem a delationalis helyzet száll át a suus örökösére, hanem a suus vagyona. A suusnál nincs delatio, ő ipso iure paterfamiliasa halálával szerzi meg az örökséget, még ha nem is elegyedik bele, nem is foglalkozik vele.

Az első valódi transmissiót a jogtudomány fejlesztette ki. Ez az ú. n. *transmissio ex capite restitutionis in integrum*. Ha a delatus az örökség elfogadását valamely oly okból mulasztotta el, a melynek alapján in integrum restitutiónak van helye és ő ezt az in integrum restitutiót kérte is, de még ennek elintézése előtt meghalt, akkor örökösei öröklik a restitutionalis igényt és ezzel azt a jogot is, hogy az örökséget adeálják. Ez volt az első lépés, a melyet csakhamar követett a második, hogy t. i. a transmissio akkor is beáll, ha az elhunyt delatus az in integrum restitutiót meg sem indította, de az erre szolgáló idő még el nem mult. Ilyenkor örökösei kérhették az in integrum restitutiót és ennek alapján az örökséget.

450-ben II. Theodosius és III. Valentinianus új transmissiót hoztak be, az ú. n. *transmissio Theodosiana*-t. E szerint a descendens végrendeleti örökösök helyett, ha az örökhagyó halála után, de még az acquisitio előtt meghalnak, ezeknek descendens örökösei fogadhatják el az örökséget. Némelyek ezt törvényes substitutiónak nevezik, a források azonban transmissióról szólnak.

A transmissiót végül Iustinianus általánosította. A *transmissio Iustinianea* bármely delatus örökösére vonatkozik és csak idő tekintetében állít fel korlátozást. E szerint a transmissio minden delatus örökösére beáll egy éven belül számítva onnan, hogy mikor nyert a delatus tudomást az örökség megnyilásáról. Ha azonban a delatus csak rövidebb spatium deliberationist nyer, a transmissio határideje is megrövidül. Bár a törvény nem szól róla, mégis helyes az az interpretatio, hogy e transmissiónak akkor is helye van, ha a delatus előbb hal meg, mielőtt a delatióról tudomást nyert volna.

Megemlitendő még a ma már nem praktikus *transmissio ex capite infantiae*, melyet szintén II. Theodosius és III. Valentinianus hozott be és a mely szerint, ha a delatus még infans, akkor az ő halálával a delatio átszáll atyjára, még ha nem is állt annak potestasa alatt.

IV. FEJEZET. AZ ÖRÖKJOG MEGSZÜNÉSE.

172. §. Az örökjog megszünése.

A már többször emlitett *semel heres semper heres* szabálya elvileg útját állja az örökösi positio megszünésének. Ha valaki egyszer megszerzi az örökséget, többé róla le nem mondhat. Jogügylet útján tehát az örökjog meg nem szünhetik. Ex lege azonban két esetben a praktikus hatás mégis az, hogy az örökjog az örökösi positio megszünik. Ez a két eset az indignitas és a fideicommissaria hereditas kiadása.

1. A már megszerzett örökséget az örökös elvesztheti *indig-*

nitas miatt. Az örököstől az örökséget elveszik — *bona ereptoria* — és más nyeri. Az indignitasnak két főcsoportja van. Indignus először is az olyan örökös, a ki az örökhagyót vagy annak emlékét megsértette, így különösen, ha az örökhagyót megölte vagy megölette, vagy a gyilkost nem üldözte, ha az elmebeteg örökhagyót nem támogatta, bár erre felszólitottak, ha az örökhagyó intézkedéseit mint hamisakat vagy inofficiosusakat megtámadta, de ezzel a keresetével visszautasíttatott, ha továbbá intestat örökös létére az örökhagyó végrendeletét, codicillusát láb alól tette, ha az örökhagyót kényszerrel vagy dolussal birta ő vagy más rá az institutióra, végül ha az örökhagyó az institutiót formátlanul visszavonta azért, mert az institutus megsértette. Az indignitas második főcsoportja az, ha a mortis causa juttatások az örökhagyónak és a honoráltnak törvénykijátszó magatartásán alapulnak. Igy a *tacita fideicommissa* esetén, ha t. i. az örökhagyó A.-nak hagyott valamit, a ki magát a végintézkedésből ki nem tünőleg arra kötelezte, hogy ezt a hagyatékot (néha csak hagyományt) oly személynek adja át, a kit öröklési képtelensége miatt az örökhagyó nem instituálhatott.

Az indignus heres örökségét (vagy hagyományát) rendesen a fiscus eripiálta, csak kivételes esetekben nyerte más, igy az őrült örökhagyót ápolni nem akaró örökös részét az őrült ápolója, a végintézkedésileg rendelt gondnokságot, gyámságot, gyermekfelnevelést visszautasitó örökös részét meg az kapja, a ki ezt a gondnokságot stb. felszólítás nélkül magára vállalta.

Az indignus megkapja az örökséget, rendes módon meghivatik, és rendes módon meg is szerezheti, de ha egyszer megszerezte, elvétetik tőle. Ha indignitása tudatában szerezte meg az örökséget, akkor büntetésből elveszti az örökhagyó ellen fennállott követeléseit, mint a melyek az örökség megszerzés által per confusionem úgyis megszüntek. Ha azonban tévedésből adeálta az örökséget, a confusio által megszünt követeléseit restitutio által visszanyerte.

A német praxisban az indignitas tana Dernburg szerint, a kit az örökjogi tanokban Baron mellett első sorban követtünk, annyiban szenvedett változást, hogy a bonum ereptoriumot nem a fiscus. hanem az kapja, a ki örökös lett volna, ha az indignus nem élt volna.

2. Praktice elveszti a maga örökösi positióját az a heres, a kit az örökhagyó azzal bizott meg, hogy a hagyatékot valamely harmadiknak adja át (*universale fideicommissum*), ha a hagyatékot valóban átadja. Az eredeti rendezés szerint ugyan tovább is ő marad az örökös, ő felel a hagyatéki hitelezőknek, de már a SC. Trebellianum szerint ő a hagyatéki hitelezőktől mentesült és így praktice megszünik örökös lenni. A SC. Pegasianummal azonban ismét a régi állapot áll helyre, a mennyiben, ha az ilyen fiduciarius heres a hagyaték negyedét visszatartja, a mire ez a SC. neki jogot ad, tovább is ő felel a hitelezőknek. Végül Iustinianus a $^1/_4$ levonási

jogának fentartásával azt rendeli, hogy az átadott $^{3}/_{4}$ hagyaték terhei alól a fiduciarius heres szabadul. Tehát csak $^{1}/_{4}$ részben örökös.

V. FEJEZET. AZ ÖRÖKÖS VÉDELME.

Az örökös védelmét már az örökjog fogalma czímű fejezetben adtuk, mert az örökösi positio megértése czéljából leginkább ott van helyén. L. tehát „Az örökös helyzete szemben a hagyatéki adósokkal" czímű szakaszt.

VI. FEJEZET. FÜGGELÉK AZ ÖRÖKJOG TANÁHOZ.

173. §. A hagyományok.

Ha valaki meghal, öröklésnek kell lennie. Ha nincs végrendelet, akkor ab intestato áll be az öröklés, mert universalis successiónak okvetlenül kell lennie. Singularis mortis causa successiónak, más szóval *hagyománynak* nem kell lennie. Hagyomány, singularis successio mortis causa csak akkor van, ha az örökös így akarja. Az örökhagyó halála esetére hagyhat valakinek valamit a maga vagyon*ából*. Az öröklésnél nem a vagyon*ából* hagy valamit, hanem hagyja a vagyoná*t*, még akkor is, ha az az örökös a hagyatéknak csak $^{1}/_{100}$ részét kapja is. A mi ezt az örököst a hagyatéknak erre a részére korlátozza, az az, hogy örököstársai vannak. Ha azonban ezek az örököstársak elesnek, accrescentia által része nagyobbodik, illetve az összes örököstárs elestével ő kapja meg az egész vagyont. Ha ellenben a hagyományos kapja a hagyaték $^{1}/_{100}$ részét (ú. n. *legatum partitionis*, a hagyaték hányadában kifejezett legatum), ennél többet sohasem kap, még ha az örökösök a többi $^{99}/_{100}$ részt nem is fogadják el, helyesebben ekkor ő semmit sem kap, még ezt az $^{1}/_{100}$ részt sem. Hogy az örökös, ha egy részre van is korlátozva, universalis successor mutatja az is, hogy ha az örökhagyó neki a hagyaték $^{1}/_{3}$-át hagyja csak, de a többire nem nevez ki örököst, ő nem az $^{1}/_{3}$-ot, hanem az egész hagyatékot kapja. Tehát minden örökösöm megkapja a vagyonomat, a hagyományos pedig csak a vagyonomból kap. A hagyományos nem universalis, hanem singularis successorom, ő lesz alanya bizonyos jogoknak, melyeknek eddig én voltam. *Legatum tárgya csak jog lehet, kötelezettség nem.* Míg az örökös kötelezettségeimbe is succedál, addig a hagyományos csak jogaimat nyerheti. Ha úgy intézkedem, hogy A. összes dologi és kötelmi jogaimat nyerje el, A. csak hagyományos, csak singularis successor, mert kötelezettségeim nem szállnak rá.

A hagyomány fejlődése a római jogban két alakulatot mutat.

E két alakulat megfelel a római jog egyéb terein mutatkozó dualismusnak. Az egyik sollemnis, ünnepélyes, formai, a másik alaktalan, szabad. Az első, természetesen a régebbi neve *legatum*, *hagyomány* a szó szűkebb értelmében, utóbbi a *fideicommissum, hitbizomány.*

Legatum (ill. fideicommissum) az egyoldalú mortis causa jogügylet, melylyel activ vagyonom egy részét valakinek ingyenesen juttatom. Az, a mit juttatok, szintén legatum (illetve fideicommissum). A legatum formai jogügylet volt, még pedig igen szigorú kényes formaságokhoz kötve. A római forrásokban még arra nézve is bő kazuisztika található, hogy valamely konkrét legatum formája megfelelő-e vagy sem, mert egy szótaggal való eltérés semmivé tette a legatumot. Ez teszi érthetővé, hogy a digestákban 3 egész liber (30., 31, 32. k.) a rendes titulus felosztás nélkül egy folytában csak de legatis beszél. (Itt nem a liber oszlik titulusokra, hanem a titulus liberekre.)

Két faja volt főleg a legatumnak. Az egyik direkt, közvetlen juttatási forma, a másik indirekt, közvetett. Ez utóbbi valójában nem egy, hanem egész csoportja a juttatási formáknak.

A direkt juttatási forma a *legatum per vindicationem.* Az örökhagyó végrendeletében valamely quiritar tulajdonában lévő dolgot azzal a hatással hagy valakinek, hogy ez, a kit hagyományosnak, vagy honoratusnak nevezünk, a dolognak szintén quiritar tulajdonosa legyen, még pedig ipso facto, mihelyt a végrendelet érvénybe lép, azaz mihelyt az öröklés a végrendelet alapján beáll. A dolog tehát, a mely az örökhagyóé volt és mely a hereditas iacenshez is tartozott, a hagyományosé lesz, még pedig közvetlenül, a nélkül, hogy az örökös kezén menne keresztül. A hagyományos dologi jogot nyer. Az indirekt juttatási formáknál a hagyományozott dolog előbb az örökös kezébe kerül, és a hagyományosnak csak kötelessége a dolgot kiadni. Az indirekt juttatási formáknál a hagyományos csak az örökös ellen fordulhat, ez az oneratus, a legatum per vindicationemnél ellenben mindenki ellen fordulhat, a kinél az örökhagyónak ez a quiritar tulajdonában volt dolga van. Ilyen direkt juttatási formában nemcsak tulajdonjog, hanem szolgalom is hagyható, sőt épen a legatum a leggyakrabbi keletkeztető forrása az ususfructusnak. A ki ilyen legatum per vindicationem formájában kap legatumot, az közvetlenül rei vindicatiót, illetve actio in rem confessoriát nyer.

Az indirekt hagyománynak három formáját ismerte a régi római jog. Ezek a legatum per damnationem, a legatum sinendi modo és a legatum per praeceptionem.

Legatum per damnationem, a végrendeleti juttatásnak az a formája, hogy a végrendelkező az örököst a nexum erejével (damnas esto szavakkal) arra kötelezi, hogy a hagyatékból A.-nak valamit adjon. A hagyományos ezzel csak kötelmi jogot nyert, ő csak az

örökös ellen fordulhat, a hagyományozott dolog az örökös személyén keresztül jut csak rá.

A *legatum sinendi modo* formájában a végrendelkező az örököst arra kötelezi, hogy a hagyatéki dolgot hagyja meg a hagyományosnak, ha már nála van, illetve engedje, hogy a hagyományos a dolgot a hagyatékból elvegye. Az örökös puszta türésre van kötelezve.

Legatum per praeceptionem-nek csak több örökös kinevezése esetén van helye, a kik közül egyik azonfelül, hogy örökös, hagyományosnak is ki van nevezve a hagyaték valamely jogára nézve. Ilyenkor az osztály úgy történik, hogy ez az örökösnek hagyományozott jog, az ú. n. *praelegatum* az osztályból kivétetik, ezt a honorált mint praecipuumot kapja, és csak a maradék kerül osztály alá. Nem valódi ú. n. *improprium praelegatum* az, mikor a hagyomány úgy szól, hogy az egész hagyaték kerüljön osztály alá, és az örököstársak kötelesek a honoratus örökösnek valamit szolgáltatni, pl. kötelesek kiskorú örököstársukat a maguk költségén felneveltetni. A valódi, a proprium praelegatumnál a hagyományos is terhelve van, mert az illető jog egy részét mint örökös kapta volna, és legatum voltaképen csak a többi része. Ha a fenti példa valódi praelegatumként construálódik, akkor a honoratus is köteles a maga örökrésze erejéig a maga nevelési költségekhez hozzájárulni, és így ő ebben a részben voltaképen nem hagyományos, hanem örökös, mert hisz a nevelésnek egy részét ő maga fizeti az örökségből. A valódi praelegatum tehát a vegyes successiónak esete, mert a hagyomány egy részét mint örökös kapja. Pl. 3 örökös közül az egyik praelegatumként 30,000 frtot kap. E 30,000 frtból csak 20,000 frt az igazi legatum, igazi singularis successio, mert 10,000-et úgyis kapott volna mint örökös, mint universalis successor. A praelegatum legatum természete csak akkor mutatkozik teljesen, ha a praelegatarius örökössé nem lenne, mert ekkor az egész praelegatumot mint legatumot kapja, de ha még az aditio hereditatis előtt meghal, örökösei csak 20,000 frtot kapnak, t. i. a praelegatum azt a részét, a mely a többi örököst terhelte volna, ha ő is örökössé lett volna. A praelegatummal honorált szintén csak kötelmi jogot nyer, még pedig örököstársai ellen. Jogát az *actio familiae herciscundae*vel érvényesítheti. Ez a kereset szolgál a praelegatum improprium érvényesítésére is.

A négyféle legatumnak nemcsak formái voltak előirva, de anyagi szabályok is voltak felállítva, az egyes legatummal miféle jogok hagyhatók. A legatum per vindicationem csak quiritar tulajdonra és szolgalomra volt alkalmazható, vele csak az volt hagyható, a mi az örökhagyó tulajdonában a halál pillanatában volt, illetve csak arra volt hagyható szolgalom. Ha az örökhagyó olyat akart hagyományozni, a mit előbb be kellett szerezni, azt csak a legatum per damnationem formájában tehette. Igen nehézzé és kényessé

tette ez a hagyományozást. Az örökhagyó pl. azt hitte, hogy a hagyományozott dolog az övé quiritar tulajdon szerint, holott csak bonitarius tulajdonos volt, és így legatum per vindicationemje megdőlt. Ennek meggátlására a *SC. Neronianum* azt rendelte, hogy ha valamely legatum bármely okból abban a formában, melyben az örökhagyó szándékolta, meg nem állhat, akkor mint legatum per damnationem álljon meg. Ettől fogva a legatum per damnationemnél eltekintettek a damnas esto szavaktól, a legatum kezdett formátlanná válni, illetve csak az a formaság kívántatott meg, hogy a legatum benne legyen a végrendeletben.

Már régebben ismerte a római jog a legatum mellett a singularis successiónak mortis causa szabadabb formáját, a fideicommissumot. A végrendelkező a maga örökösét a végrendeleten kivül, alaktalan, formához nem kötött levélben, ú. n. *codicillus*-ban arra kéri, hogy A.-nak bizonyos jogot adjon át. Becsületére bizza (fidei committit) az örökösnek, ezért *fiduciarius*, hogy ezt a kérelmet teljesiteni fogja. Innen ennek a verbis praerativis tett rendelkezésnek neve: fideicommissum, a mi különben magát a kiadandó tárgyat is jelenti. Az örököst e kérelem teljesitésére a jog eleinte nem kötelezte, a becsület dolga volt ez, kikényszeríteni nem lehetett. De itt is ugyanazzal a jelenséggel találkozunk, a melylyel a fides minden terén, így a fiduciánál is. Csakhamar a jog is védelmébe veszi ezt a kérelmet, sőt Augusztus idejében már külön praetor intézi az ilyen fideicommissumokból keletkező ügyeket. Ez az ú. n. *praetor fideicommissarius*. Ekkor a fideicommissum már jogi intézmény, a mely a legatum mellett századokon keresztül párhuzamosan fennáll. A fideicommissum úgy alakilag, mint anyagilag sokkal szabadabb, mint a legatum. Anyagilag annyiban, hogy vele nemcsak a végrendeleti örökös volt megterhelhető, hanem bárki, a ki az örökségből valamit kap. Fideicommissummal onerálható tehát az ab intestato örökös is, a hagyományos is, sőt a fideicommissarius is, vagyis az, a ki maga is fideicommissum alapján kapott valamit a hagyatékból. Legatummal csak a végrendeleti örökös volt megterhelhető. A legatum és fideicommissum közt még számos egyéb tekintetben is volt különbség. Míg a legatumban active és passive csak civis Romanusnak lehetett része, addig a fideicommissum e tekintetben sem volt korlátozva. A legatumból stricti iuris keresetek származtak, a fideicommissumot a praetor védte actiones in factum conceptákkal, esetről esetre fogalmazott keresetekkel. A legatum a végrendeletben a heredis institutiót meg nem előzhette, a fideicommissum igen. Legatumot csak testamenti factio passivával biró kaphatott, fideicommissumot más is. Csak Hadrianus óta kivántatik meg a passiv végrendeleti képesség a hitbizományostól is. Ugyszintén csak Vespasianus óta van kötve a fideicommissum elfogadhatósága a capacitáshoz, azelőtt incapax is elfogadhatta, holott legatumot csakis capax nyerhetett. Végül a quarta Falcidia sem volt eleinte a hit-

bizományból levonható, ezt csak a *SC. Pegasianum* terjesztette ki rá.

Így találta elő a jogállapotot Iustinianus, a ki a digesták 30., 31. és 32. könyvében a hagyománynak két alakját egyesiti, egységes szabályozásnak veti alá. Nála legatum és fideicommissum már egyet jelent. Az egyesitést úgy végezte, hogy a legatum szabadabb, a fideicommissum pedig korlátoltabb lett. A legatum szabadabb lett, mert azokat a régi formákat, melyekhez kötve volt, Iustinianus végleg megszüntette. Már előtte más császárok is, pl. Constantinus, azt rendelték, hogy a legatum bármely formában érvényes, Iustinianus ezt radiciter kimondja. Másrészt azonban nem enged olyan szabadságot, mint a minő eddig a fideicommissumnál volt. A codicillust, mely eddig bármilyen pongyola levél lehetett, megszoritotta, bizonyos formához kötötte. A justinianusi legatum felszabadul tehát az alól a formaság alól, hogy a végrendeletben kell bennlennie, de másrészt nem történhetik bármely formátlan levélben. Hagyható a legatum codicillusban is, de ez már nem formátlan egy-két sor, hanem formákhoz kötött végintézkedés, melynek 5 tanú előtt kell végbemennie. Lehet szóbeli is, *codicillus nuncupativus*, de ha irásbeli intézkedés, *codicillus scriptus*, akkor az 5 tanú jelenlétén felül aláirásuk is szükséges. A codicillus tehát szintén alaki actussá válik, de kevésbbé szigorú alakisággal, mint a végrendelet. Ilyen codicillus készíthető végrendelet mellett is, *codicillus testamentarius*, de készíthető a nélkül is az intestat örökös megterhelésére, *codicillus ab intestato*. A szerint, a mint a codicillusról örökhagyó végrendelete említést tesz vagy sem, beszélünk *codicillus confirmatus* és *non confirmatus*-ról. Ez azonban érvénye szempontjából különbséget nem tesz.

Iustinianus szerint tehát a hagyomány nemcsak végrendeletben, hanem codicillusban is hagyható. A végrendeletben hagyott hagyomány csak akkor lép életbe, ha a végrendelet is életbe lép, ha a végrendeleti institutus valóban örökössé lesz, különben a végrendelettel együtt a hagyomány is megdől. A codicillusbeli hagyomány már nem volt ily feltételhez kötve. Ép ezért szokásos volt a végrendeletekhez a *clausula codicillaria*-t csatolni, a melyben a végrendelkező úgy intézkedett, hogy ha végrendeletem mint ilyen fenn nem állhatna, álljon fenn mint codicillus (conversio, negotii, l. 90. l.). Ily esetben a benne foglalt hagyományok a végrendelet megdőlte után is érvényben maradtak.

A végrendelet és codicillus mellett elismeri Iustinianus az ú. n. *orale fideicommissum*-ot is. Ez a hagyományozásnak oly módja, hogy az örökhagyó közvetlenül fordul az oneratushoz valamely hagyomány teljesitésére. Az ilyen formátlan intézkedés csak olykép volt kikényszeríthető, hogy a honoratusnak arra kell esküdnie, hogy nem chikaneból perli az oneratust, utóbbi pedig csak azzal mentesült, ha megesküdött, quod nihil tale a testatore audivit. Ha erre meg nem akar esküdni, elmarasztaltatik. Más bizonyitéknak

helye nincs. Minthogy ma már ily esküket nem ismerünk, a fideicommissum orale intézménye elejtettnek tekinthető.

Iustinianusnál a hagyomány az 5 tanún kívül teljesen a fideicommissum természetét követi. Hatása mindig kötelmi. Az oneratus köteles a hagyományt teljesíteni quasi ex contractu, és ennek kikényszerítésére a honoratusnak in personam keresete van, az *actio legati*, melyet némelyek *actio ex testamento*-nak hívnak. Megindíthatja ezt rögtön, mihelyt az örökség elfogadtatott, helyesebben mihelyt *dies legati venit*. (Ezzel szemben az örökhagyó halálától az örökség elfogadásáig, illetve feltételes hagyománynál a feltétel beálltáig tartó időközt, *dies legati cedens*-nek nevezzük. Ez annyiban fontos, hogy ha a legatarius ez idő alatt meghal, már örökösei megkapják a legatumot.) A legatum elfogadása nincs formához kötve, a legatarius minden előleges nyilatkozat nélkül fordulhat az oneratus ellen. Ha a legatum felfüggesztő feltételhez van kötve, akkor a dies veniens csak a feltétel beálltával áll be, de addig is cautiót kérhet a hagyományos az oneratustól, hogy a feltétel beálltával a hagyományt ki fogja szolgáltatni. Ez a *cautio legatorum conservandorum causa*. Ha a feltétel potestativa negativa feltétel, melynek beállta csak a hagyományos halálával bizonyos, pl. hogy nem fog házasodni, akkor a hagyományt rögtön kérheti, de cautiót kell adni a feltétel betartására. Ez a *cautio Muciana*. Ha az oneratus a hagyományt 6 hónap alatt ki nem adja, Caracalla a honoratusnak az ú. n. *missio in possessionem Antoniana*-t adja meg. Iustinianus a hagyományosnak az oneratus vagyonára törvényes zálogjogot ad. Ezek a hagyományos jogai. Ezzel szemben az oneratus a hagyomány kiadása fejében kérheti mindazon kiadásai megtérítését, melyeket mint bonus vir költött a hagyományi dolgokra. Ha pedig a hagyományos a hagyományi dolog birtokába helyezkedett az oneratus akarata nélkül, utóbbinak *interdictum quod legatoruma* van a hagyományi dolog jelenlegi birtokosa ellen. Ez interdictum adipiscendae possessionis. Az oneratus culpa levisért is felel.

A hagyomány érvényességére vonatkozólag áll az ú. n. *regula Catoniana*: Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile fore, id legatum, quandocunque decesserit, non valere. (L. 1. pr. D. 34., 7.) Ez az általános quod ab initio vitiosum est, nec tractu temporis potest convalescere mellett azért fontos, mert megadja a kulcsot annak megitélésére, hogy a legatum érvénye mely időponttól függ. Felelet: a hagyományozás időpontjától, nem a hagyományozó halálától.

Megdől a legatum a következő esetekben:

1. Ha a testamentum vagy a codicillus megdől, vele dől a benne foglalt legatum is. De ha a testamentum clausula codicillariaval van ellátva, a testamentum megdőlte a legatum érvényének nem árt. Nem árt továbbá az sem, ha a testamentum mint inofficiosum megdől. Végül fenmarad a legatum a testamentum meg-

dőlése daczára akkor is, ha a hagyatékot, mint bonum vacanst a fiscus kapja.

2. Megdől a legatum az ademptióval, ha a hagyományozó visszavonja. Az *ademptio legati*-nek eleinte ugyanoly formában kellett megtörténnie, a melyben a legatum történt. Később már formátlanul is végbemehetett, de ez csak a fideicommissumnál semmisítette meg ipso iure, a régi legatummal csak ope exceptionis hatott, az oneratus a honoratus actio legatijét exceptio dolivel üthette vissza. Iustinianus az ipso iure megszünést általánositotta.

3. Megdől a legatum a *translatio legati*, vagyis az által, hogy a hagyományozó más hagyományost, vagy más hagyományi tárgyat, vagy más oneratust jelöl meg, vagy az előbb purum legatumot feltételhez köti. Ilyenkor a régi legatum megszünik és új keletkezik. Ha ez az új valami okból megdől, a régi nem elevenedik fel.

4. Megszünik a legatum akkor is, ha a honoratus még ante diem legati cedentem meghal vagy testamenti factióját elveszti, úgyszintén

5. az oneratus halála és testamenti factio passzivája elvesztésével ante diem cedentem.

6. Megdől a legatum, ha tárgya elpusztul, de sine culpa onerati.

7. Nem kérhető a legatum teljesitése akkor sem, ha a honoratus a hagyományi tárgyat más ingyenes módon pl. ajándék inter vivos útján már megkapta. Ez a *concursus duarum causarum lucrativarum*.

Ezekben az esetekben a hagyomány megdől, még mielőtt a honoratus, a hagyományos azt megszerezte volna. Vannak azonban oly esetek is, a mikor a legatarius a már megszerzett hagyományt veszti el. Ilyenek, ha a hagyomány resolutiv feltételhez volt kötve és az beáll (a hagyomány bármely feltételt és időhatározmányt megtür), ha továbbá a legatariust indignitas terheli, vagy végül in integrum restitutio folytán.

A hagyományt, mint mondtuk, nem kell külön megszerezni, a követelési jog die veniente meg van szerezve. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a hagyományosnak a hagyományt el kell fogadnia. Neki jogában áll visszautasitani. Ez esetben, ha neki póthagyományos van substituálva, ez kapja a hagyományt, ha ilyen nincs, akkor a vele re et verbis vagy csak verbis coniuncti collegatarii részéhez accrescál (a re coniunctiknek nincs hagyományi ius accrescendijök), ha ilyenek sincsenek, a hagyományt az örökösök kapják, a kinek gyermekeik vannak (heredes patres), ilyenek híján a gyermekáldásban részesült hagyományosok (legatarii patres), ha pedig ilyenek sincsenek, megkapja a fiscus. Így rendeli ezt a lex Papia Poppaea. Iustinianus ezt megváltoztatta, a mennyiben a re coniuncti és az egyéb collegatarius közt a különbséget úgy állitotta fel, hogy míg utóbbiak a megürült hagyományi részt visszautasithatják, előbbire

eo ipso átszáll, de míg ő sine onere kapja így meg, utóbbiak, ha elfogadják, csak cum onere fogadhatják el.

Mint láttuk, a legatariusnak is rendelhető substitutus. Ez kétféleképen történhetik. Rendelhető a substitutus az örökösi vulgaris substitutio mintájára: ha A. nem lenne hagyományossá, legyen B., de rendelhető úgy is, hogy A. legyen hagyományos, a ki, ha meg is szerzi a hagyományt, bizonyos feltétel vagy időhatározmány beállta esetén, adja át B.-nek és akkor B. legyen a hagyományos. Ez utóbbi az ú. n. *fideicommissaria substitutio* vagy *successiv legatum*. Az örökösi positióra nézve a római jog ezt nem ismeri, mert beleütközik a semel heres semper heres elvébe, a legatumnál elismeri. Ennek egyik nevezetes alakulata a *családi hitbizomány*, ha t. i. a legatum substituálása úgy van rendelve, hogy a hagyományos halálával családja kapja a dolgot és így tovább. Ezt azonban a római jog nem ismeri el korlátlanul végtelen időre, Iustinianus és a praxis négy kézre szorította meg. Ha a dolog a negyedik kézbe kerül, felszabadul a megkötöttség alól és a családon kivülire is szállhat. A míg azonban a negyedik kézbe kerül a tulajdonos el nem idegenítheti, csak az egész család beleegyezésével. Ebből a családi hitbizományból lett a középkorban a spanyol habsburgi majoratus intézményének belevegyítése által a hirhedt középkori korlátlan hitbizomány intézménye, a mely a középkor nagyobb dicsőségére még ma is virágzik.

A legatum tárgya minden az örökhagyó vagyonában lévő dologi vagy kötelmi jog lehet, de hagyható olyan is, a mit az oneratusnak e czélból még előbb meg kell szereznie. Tárgyi szempontból beszélünk *legatum speciei* és *generis*-ről, a szerint, a mint a honoratus specifikus vagy generikus kötelmet nyer, továbbá *legatum optionis*-ról, mikor a honoratus több tárgy közül választhat, még pedig a legjobbat, máskülönben az alternativ hagyománynál az a szabály, hogy az adós nem választhatja a legjobbat, illetve az oneratus, ha őt illeti a választási jog, nem választhatja a legrosszabbat. Beszélünk továbbá *járadéklegatumról*, ha az oneratus bizonyos időközökben tartozik bizonyos összeget szolgáltatni. In dubio ezt életjáradéknak vélelmezzük. Ha azonban bizonyos időre van szorítva, akkor a honoratusnak legalább az első ráta idején kell életben lennie, mert különben örökösei a további rátákat meg nem kapják (az életjáradéknál természetesen akkor sem kapják, ha a hagyományos egy vagy több rátát már fel is vett). Már az ú. n. *részlethagyománynál*, a hol a hagyomány szintén részletekben teljesitendő, a hagyományos örökösei még akkor is megkapják a hagyományt, ha a hagyományos még egy rátát sem vett fel, ha tehát már legati die cedente meghalt. Beszélünk azután szintén a tárgy szempontjából *alimentationalis járadékról* is. Ha a hagyomány tárgya követelés, ez háromféle módon hagyható, lehet t. i. *legatum nominis*, hagyom A.-nak B. ellen fennálló követelésemet vagy igényemet,

a mely esetben az oneratus sem a követelés veritasáért, sem bonitasáért nem felel, lehet továbbá *legatum liberationis*, azt hagyományozom A.-nak, hogy az oneratus az ellene fennálló követelést elengedje, illetve valamely harmadiknak A. ellen fennálló követelését teljesítse, és végül lehet *legatum debiti*, meghagyom az oneratusnak, hogy M.-nek ellenem fennálló követelését teljesítse. Ez utolsónak létjogosultságát számosan megtámadják, mondván, hogy M. úgyis követelheti örökösömtől a teljesitést, semmi értelme, hogy azt külön hagyományozzam is. Ezért csak olyankor akarják a legatum debitit elismerni, ha az oneratust többnek a teljesitésére utasítom, mint a mennyi az M. követelése. Ez helytelen okoskodás. Az ilyen hagyománynak mindig van értelme, mert M. ily módon nemcsak az eredeti obligatio alapján perelhet, hanem actio legatije is van. Megjegyzendő még, hogy sokan, sőt rendesen a legatum liberationist a legatum nominishez számítják. A legatum liberationis összekapcsolható a legatum debitivel, a mikor activ solidaritas keletkezik. Pl. hagyományozom A.-nak, hogy örökösöm az ő B.-vel szemben fennálló kötelmét teljesitse, B.-nek pedig legatum debiti formájában ugyanezt hagyományozom. Ilyenkor az oneratustól A. és B. solidariter követelhetik a teljesitést. (L. 369. l.)

174. §. Fideicommissum universale.

A fideicommissum (régi értelemben) tartalma lehetett bármi. Az örökhagyó megbizhatja a végrendeleti vagy ab intestato örököst, hagyományost stb., szóval a honoratust bármivel. Ilyképen a fideicommissum tartalma az is lehetett, hogy az örököst azzal bizta meg, hogy az örökséget akár rögtön az elfogadás után, vagy később, vagy halálakor A.-nak adja át. Ha az örökös, kinek neve *heres fiduciarius*, ennek a hitbizománynak eleget tesz, a mint tennie is kellett, a helyzet praktice ugyanaz volt, mintha nem ő, hanem A. volna az örökös (*heres fideicommissarius*). Mikor ilykép az egész vagyon adandó át a fideicommissariusnak, beszélünk *fideicommissum universaleről* vagy *hereditas fideicommissariáról*. Ez legatum formájában a lex Falcidia miatt lehetetlen volt. Legatum formájában a vagyonnak csak egy része volt hagyható (legfeljebb háromnegyed része), az egész nem. A legatumnál tehát nem szó lehet legatum universaleről, hanem csak *legatum partitionisról.*

Rendszerint azt szokták mondani, hogy az universalis hitbizomány vegyes successio. Ez nem helyes. Vegyes utódlás pl. a praelegatum, a hol a honoratus a juttatás egy részében universalis, másik részében singularis successor, de nem az az universalis hitbizomány. A fideicommissarius heres a fiducarius heresnek singularis successora, a SC. Trebellianum, illetve Iustinianus óta pedig az örökhagyó universalis successora (legalább praktice). A fideicommissarius heres tehát nem vegyes, hanem közvetett successor.

Az intézmény eredete praktikus okokra vezethető vissza. Ha az örökhagyó oly személynek akarta a vagyont hagyni, a kinek testamenti factio passivája vagy capacitása nincsen, ezt csak ily közvetett módon tehette. Ugyancsak azzal az intézménynyel játszhatta ki a semel heres, semper heres elvét, mert ily módon a vagyont sub condicione resolutiva vagy sub die is juthathatta az örökösnek. Végül ezzel elérhette azt is, hogy az örökösök több gradusának juttassa az örökséget (*fideicommissaria substitutio*).

Az örökséget vagy annak egy hányadát ilyen fideicommissummal, illetve legatum partitionissal nyert honoratus a klassikus jog szerint természetesen nem volt örökös. Ő csak a heres fiduciarius ellen fordulhatott, hogy ez a hagyatéki dolgokat neki tradálja, a hagyatéki követeléseket rá cedálja, de a hagyatéki hitelezők ő ellene nem, hanem csak a heres fiduciarius ellen fordulhattak és fordultak. Ép ezért utóbbi a jogokat sem volt köteles a fideicommissariusra ruházni addig, míg ez magát arra nem kötelezte, hogy a hagyatéki tartozásokat kifizeti. Erre szolgált a legatum és fideicommissum partitionisnél a *stipulatio partis et pro parte,* az universalis fideicommissumnál pedig a *stipulatio quasi emptae et venditae hereditatis.* Ezzel a fiduciarius heres magát arra hitelezi, hogy a hagyaték összes activáit (illetve azoknak hányadát) tradálja és cedálja, a fideicommissarius pedig elvállalja benne a hagyatéki összes tartozások (illetve azok hányadának) teljesitését. Ezzel azonban utóbbi nem szünik meg singularis successor lenni, az elhunyt universalis successora továbbá is a fiduciarius heres, továbbá is őt perlik a hagyatéki hitelezők. Ezek a stipulatiók csak befelé szabályozzák a viszonyt, a hagyatéki tartozások teljesitése fejében a fiduciarius kártéritésért fordulhat a fideicommissarius ellen, de kifelé tovább is ő marad az örökös.

A fideicommissum universalere és partitionisre nézve (a legatumra nézve nem) új állapotot teremt a *SC. Trebellianum* (Nero alatt 62-ben), a mely meghagyja, hogy semmi stipulatio sem szükséges, ha a fiduciarius az egész hagyatékot, illetve annak hányadát restituálja a fideicommissariusnak és ez elfogadja, olyan legyen a joghatás, mint hogy ha a fideicommissarius közvetlenül az elhunyttól vette volna át a hagyatékot. Övéi lesznek tehát a hagyatéki dolgok és jogok és őt perelik a hagyatéki hitelezők. Iure civili persze a heres fiduciarius marad az örökös, de a praetor megadja a fideicommissarius heresnek a *hereditatis petitio fideicommissoriat*, és ellene megadta a hagyatéki hitelezőknek az örökös ellen indítható actiókat utiliter. Ily módon praktice a fiduciarius heres megszünik örökös lenni, praktice most már a fideicommissarius heres az.

Ezzel szemben ismét visszamenést jelent a *SC. Pegasianum*, a mely ismét a régi singularis successiót állítja helyre, azzal a módositással, hogy a quarta Falcidiát a fideicommissumra is kiter-

jeszti. E szerint a fiduciarius örökös csak a hagyaték háromnegyed részét köteles a fideicommissariusnak restituálni, azt is csak stipulatio partis et pro parte ellenében. Levonhatja tehát a negyedet, a melynek neve itt *quarta Pegasiana*, de tovább is ő marad az örökös, a hagyatéki hitelezők csak ellene fordulhatnak, ő pedig kártérítésért fordulhat, a fideicommissarius ellen. Ha a quartát le nem vonja, stipulatio quasi emptae et venditae hereditatisnak van helye, de persze ekkor is csak singularis successióval van dolgunk. A SC. Pegasianumnak másik intézkedése az, hogy a fideicommissariusnak megadja a módot arra, hogy az örökséget elfogadni vonakodó heres fiduciariust a praetor által az elfogadásra kényszeritse. Ez esetben azonban sem quarta levonásának, sem stipulatiónak helye nincs, ekkor a SC. Trebellianum szerinti állapot marad fenn.

Iustinianus a két SC.-ot egyesitette, megtartván a SC. Pegasianumból azt, a mi a kényszeritett elfogadásra áll és a quartát, egyébképen pedig a SC. Trebellianumot állította helyre. E szerint tehát stipulatióra többé semmi szükség, praktice mindig a fideicommissarius heres az örökös, csak azzal a megszorítással, hogy az örökséget önként elfogadó fiduciarius heres a hagyaték negyedét, a melynek neve Iustinianusnál már *quarta Trebelliana*, visszatarthatja.

A mi a fiducarius és fideicommissarius heres viszonyát illeti, előbbi dolusért és culpa latáért felel, illetve, ha a fideicommissum csak a hagyaték hányadára, nem egészére szól, oly diligentiát tartozik kifejteni, quam in suis rebus adhibere solet. Az átadásig ő a hagyatéki tárgyak tulajdonosa, ő rendelkezik a hagyatékkal, de sem az egyes dolgokat, sem a hagyatékot el nem idegenitheti.

Az universalis hitbizománynak egyik különös faja a *fideicommissum eius quod supererit ex hereditate*. Az örökhagyó azzal bizza meg a fiduciarius herest, hogy a fideicommissarius csak azt adja majd ki (rendesen halálakor), a mi a hagyatékból még nála van. Ez esetben a fiduciariust nem köti semmiféle elidegenitési tilalom. Iustinianus ezt oda módosította, hogy a hagyatéknak csak háromnegyed részével rendelkezhetik szabadon, negyed okvetlenül kell, hogy a fideicommissariusnak maradjon, erre cautiót is kérhet. E negyed erejéig Dernburg szerint a fideicommissariusnak dologi keresete van, feltéve, hogy a fiduciarius heres, illetve ennek örököse, ki ehhez a negyedhez hozzányult, kártéritésre képtelen. Továbbá még a határidő előtt is követelheti e negyed restituálását, ha ínséget szenvedne, vagy ha a fiduciarius heres, kinek más vagyona nincs, belőle dost vagy donatio propter nuptiást akar adni.

175. §. Egyéb mortis causa juttatások.

I. *Donatio mortis causa*. Oly ajándékozás, melyet valakinek az esetre igérek, ha túlél engem. Ide tartozik továbbá az az aján-

dékozás is, a melyet valakinek arra az esetre igérek, ha valamely jelenlegi veszélyben életemet vesztenén. Ilyenkor, ha a veszélyből szerencsésen kimeneküllök, az ajándékozás megdől, előbbi esetben pedig a megajándékozott halálával dől meg. A források a mortis causa donatiót elég furcsán így definiálják: Mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam heredem. (Inst. II. 7. 1. §.)

A mortis causa donatio a rendestől a következőkben különbözik:

1. Az ajádékozónak a megajándékozott előtt kell meghalnia.

2. Az ajándékozónak korlátlan visszavonási joga van.

3. A donatio mortis causa házastársak közt is érvényes.

4. 500 solidnson túli ajándékozások nemcsak birói insinuatio, hanem 5 tanú előtt kiállított nyilatkozatok formájában is érvényesek. Hogy Iustinianus a codicillaris formát kivánja-e itt meg, vitás. Dernburg, Arndts, Vangerow szerint nem, Baron, Windscheid szerint igen.

Iustinianus különben a halál esetére szóló ajándékozást a legatum mintájára szabályozta. A quarta Falcidiát már Severus terjesztette ki rá, Iustinianus ugyanezt teszi a capacitas követelményével, a cautio Mucianával és a codonatariusok közti ius accrescendivel. De a donatio mortis causa sorsa a végrendeletétől független, nem függ a felek activ és passiv testamenti factio passivájától. Abban is különbözik a legatumtól, söt ez a főkülönbség, hogy csak akkor perfect, ha a megajándékozott az ajándékozási ajánlatot még az örökhagyó életében elfogadja, mert hisz a donatio szerződés, holott a legatum egyoldalú ügylet.

II. *Mortis causa capio* minden halálesetre szóló juttatás. Szűkebb értelemben minden halálesetre szóló juttatás, a mely sem örökség, sem legatum, illetve fideicommissum, sem pedig donatio mortis causa. Ilyenek, ha A.-nak ajándékozok valamit B. halála esetére, vagy arra az esetre, ha valakinek örökségét, hagyományát el- vagy el nem fogadja, végül a *condicionis implendae datum*. A. azért kap valamit B.-től, mert B. csak ily feltétellel szerezheti meg a rá deferált örökséget vagy hagyományt.

C) CSALÁDJOG.

176. §. A római családjog fejlődése.

A régi római paterfamiliasnak minden felett, a mi házához tartozott, absolut korlátlan hatalma volt. Ennek az egységes hatalomnak neve: *manus*. E manus alatt állottak gyermekei, felesége, rabszolgái, élő és élettelen egyéb dolgai. Neki mindezek fölött teljesen korlátlan hatalma volt, ius vitae ac necis. Ez, mint már a rabszolgaságnál is kifejtettük, csak szabály volt, de a való élet nem igen felelt meg neki.

Mindaz, a mi a paterfamilias manusa alatt áll együtt adja, a *familiát*. Familia nem a mai család, hanem az az egész hatalmi kör, melyben a paterfamilias benne áll: ember, állat, dolog. A mi ehhez tartozik, quod in manu est, az ő mancipiuma, tulajdona. Manus tehát a hatalom a familia felett és *mancipium* az a jogi viszony, a melyben mindezek a dolgok, személyek a paterfamiliashoz állanak. Magukat ezeket a személyeket, dolgokat egy néven *res mancipinek* nevezzük. Ezek köréből lassanként kiváltak a gyermekek és a feleség, úgy hogy res mancipi csak a rabszolga, a telek (persze római, hiszen csak kis parasztvároskáról van szó), az ennek megművelésére szükséges állatok, tehát az igavonó állat (quadrupes, quae collo dorsove domantur) és a mezei telki szolgalmak. Ekkor familia már csak a személyek köre, feleség, gyermekek. (De jelenti familia a rabszolgák körét is.) Idővel az egységes manus differentiálódik és más nevet nyernek az egyes személyek és tárgyak fölötti hatalmak. A gyermek feletti hatalmat *patria potestasnak*, a rabszolga felettit *dominica potestasnak*, az állatok, dolgok felettit *dominiumnak*, az átmeneti hatalomban levő személyek fölöttit *mancipiumnak* nevezték és csak a feleség fölötti hatalom neve maradt *manus*. E hatalmi viszonyok tárgyalása a családjog feladata. Csakhogy ezek közül a dominium (a tulajdon) és a dominica potestas csakhamar kiválik a családjogi körből s így előbbit a vagyon, utóbbit a személyjogban tárgyaltuk.

Familia tehát a paterfamilias hatalma alatt álló személyek

köre. Ez a régi familia fogalma. A régi család ú. n. agnat-család. Hogy kik tartoznak alája, az örökjogban bőven kifejtettük. E család mellett, sőt azt lassanként kiszoritólag megismerik a rómaiak a cognat, a vérrokonsági család fogalmát is. Erről szintén már az örökjogban volt szó. Ott láttuk, hogy a rokonság vagy egyenes vonalú (linea recta) vagy oldalági (linea transversa). Ugyanott megemlítettük már az *affinitást* (a sógorság) is, t. i. a férj és feleség közti, illetve az egyik házastársnak a másik rokonaihoz való viszonyát. Ez nem rokonság, bár a köznyelvben ezeket is rokonoknak nevezzük.

A családjog a maga külön karakterét az ethikai momentumban találja. Ép ezért mintegy átmenet a magánjog és közjog között. Magánjogi dogmatikai szempontból a benne tárgyalandó viszonyok részint relativ, részint absolut jellegűek. A régi római jogban az absolut jelleg dominált, ma a relativ. A régi római jog hatalma a gyermek, a feleség fölött absolut jog, nemcsak mert korlátlan, hanem azért is, mert mindenki ellen fordult. Ennek csak maradványai maradtak a justinianusi jogban. Itt már az in personam jogok azok, a melyek dominálnak. A másik változás, hogy míg a régi jogban a családjogi hatalmak a hatalom birtokosa érdekében álltak fenn, a paterfamilias, a tutor stb. érdekében, addig a justinianusi jogban a fordítottja áll.

Az egyes családjogi viszonyokat Iustinianus institutiói sorrendjében adjuk. Mellőzzük tehát a családjog pandektajogi tárgyalását, egyrészt mert könyvünk máris nagyobb terjedelmű a szándékoltnál, de meg azért is, mert ez a rész a legkevésbbé érdekes és legkevésbbé praktikus. A családjog az, a mely legkevésbbé kozmopolita, ez a magánjognak az a része, a melyre az ú. n. nemzeti geniusz leginkább nyomja rá a maga bélyegét.

177. §. Az atyai hatalom.

Az egységes manusból kivált hatalmak közül ez a dominiummal és a dominica potestassal együtt az, a mely Iustinianusnál még fenmaradt. *Patria potestas* az atya hatalma gyermekei felett. Ennek a hatalomnak két megszerzési alapja van: a *iustum matrimonium*, ez a természetes mód és az adoptio, ez a mesterséges mód.

A patria potestasnak csak szószerinti fordítása a mai atyai hatalom. Ma is beszélünk az atyának gyermekei felett való hatalmáról, csakhogy ez ma nem jog, nem az apa kedvéért áll fenn, ez kötelesség, mely a gyermek kedvéért van. Így beszélünk ma pl. az atya nevelési hatalmáról. Ellentétes képet mutat a római jog, mert a patria potestas az ősrégi jogban, s ennek nyoma csak lassan enyésztek el, az apa érdekében állt fenn, a gyermek épúgy áll apjával szemben, mint a rabszolga urával szemben. Az apának feltétlen joga van a gyermek teste, lelke felett, ius vitae ac necis,

rendelkezhetik vele, eladhatja, ius vendendije van stb. Ha a gyermek kárt tesz és az apa azt megtériteni nem akarja, jogositva van a gyermeket noxae dare, mancipiumba adni a károsultnak. Későbben ugyan meg van tiltva a paterfamiliasnak gyermeket Rómában rabszolgának eladni, de ha külföldön, trans Tiberim adja el, a gyermek mégis rabszolga lesz. Ha Rómában adja el, akkor a gyermek csak quasi rabszolga lesz, a vevő felette ú. n. mancipiumot nyer.

A reactio ezekkel szemben csakhamar beáll. Már a lex duodecim tabularum is mutat enyhítést. Azt mondja: Si paterfamilias filium ter venumduit, filius a patre liber esto. Ha az apa gyermekét háromszor eladja, a gyermek atyja hatalma alól teljesen felszabadul. Később ez a háromszoros eladás, venumdatio csak szinleg megy végbe, épen abból a czélból, hogy a fiú felszabaduljon. Így lesz a háromszoros eladás az emancipatio formája. A ius vitae ac necis sem ismertetik el a császárság korában, a vele való élés már parricidium számba megy. De már a respublica idejében is ez a jog csak theoretikus volt, a iudicium domesticum és a censor ellenőrzése alatt állott. Még legtovább tartja magát a ius noxae dationis, de csakhamar ezt is hibáztatják és akképen alakitják át, hogy a noxae datus gyermek csak addig volt a károsult manicipiumában, míg a kárt le nem dolgozta. A keresztény császárság joga mutatja végül a patria potestast a mai alakjában, t. i. mint a gyermek érdekében fennállót.

Az eredeti kép az volt, hogy a gyermek a mit szerez, paterfamiliasnak szerzi. (Ez nem okvetlenül atyja, hanem legtávolabbi még élő ascendense, a kinek az ő apja is alá volt rendelve. A patria potestas voltaképen nem a gyermek, hanem a filiusfamilias feletti hatalom.) A jogokat, melyeket szerez, a paterfamiliasnak szerzi, de már az obligatiókat, a miket vállal, magának vállalja, épúgy, mint a rabszolga. Csakhogy mig a rabszolga obligatiója csak naturalis obligatio, addig a fiúé teljes védelemben részesül. A filiusfamilias tehát be is perelhető, el is marasztalható. A bibi csak a végrehajtásnál van, mert ha a filiusfamilias el is marasztaltatott, nincs miből rajta megvenni. A filiusfamiliasnak nincs vagyona, mert mindene a paterfamiliasé. Van ugyan neki is mint a rabszolgának *peculiuma*, de jogilag ez is a paterfamiliasé, csak tényleg a filiusé. (Ennek a peculiumnak fajtái: *peculium profecticium*, a mit a paterfamiliastól kap, *adventicium*, a mit anyai felmenőjétől vagy más extraneustól kap, *castrense*, a mit hadi szolgálatban és *quasi castrense*, a mit ipari, kereskedelmi tevékenységével szerez.) A peculiummal tényleg meg volt törve a szabály, hogy a filiusfamilias vagyonképtelen, de ebből a peculiumból a hitelező még sem elégithette ki magát, mert jogilag a paterfamiliasé. A filiusfamilias ellen tehát nem lehet végrehajtást tartani, bár obligatiója civilis kötelem. Az általa felvett pénzkölcsönből azonban még marasztalható sem volt, mert a már tárgyalt SC. Macedonianum

szerint ilyen mutuumból a filiusfamiliast csak naturalis obligatio terheli.

A patria potestas a régi jogban nemcsak a gyermekekre terjed ki, hanem azok gyermekeire is. Tehát a családfő hatalma alatt tartja az ő descendenseit in infinitum, hatalma alatt tartja tekintet nélkül korukra, házas- s legényvoltukra. Csak ha meghal, szabadulnak fel az ő hatalma alól az ő gyermekei, a kik most különkülön nyernek patria potestast, ők lesznek paterfamiliasokká vagy a mi azzal teljesen egyenlő, sui iurisokká, és ilyenek lesznek ismét tekintet nélkül a korra. Lehet tehát 80 éves ember filiusfamilias, más szóval alieni iuris, ha ugyanis apja még él és ő nem emancipáltatott, lehet ellenben két hónapos gyermek is sui iuris vagy paterfamilias, ha egy apai ascendense sem él vagy emancipálva van. A paterfamilias halálával tehát gyermekei sui iurisokká, paterfamiliasokká lesznek. De nem lesznek azzá ezeknek gyermekei, bár ők is patria potestasában voltak az elhunytnak, ők a paterfamiliassá lett atyjok hatalma alá jutnak. Ily módon a patria potestas alatt állók körében két csoportot lehet megkülönböztetni. Vannak először olyanok, a kik a paterfamilias halálával sui iurisokká lesznek; ezek azok, kik a paterfamilias közvetlen hatalma alatt állanak, tehát nemcsak gyermekei, hanem unokái is, kiknek apjok a hatalomból akár halál, akár emancipatio vagy adoptióba adás folytán kiesett, dédunokái és így tovább, ha a közbeeső descendensek már nincsenek a hatalmában. Ide tartozik a feleség is, a ki filiae loco est. Mindezek a paterfamilias halálával sui iurisokká lesznek, ezért nevök *suusok,* a kik suus herusok, a saját uraik lesznek. Vannak másodszor olyanok a patria potestasban, a kik a paterfamilias halálával nem lesznek sui iurisokká, hanem tovább is alieni iurisok maradnak, még pedig a volt suusok hatalma alatt.

Ma szülői hatalma voltaképen kettőnek van, az atyának és az anyának. Mindenki két családhoz tartozik, atyja és anyja családjához. Nem így az agnat familia korában. Csak az atyának, illetve atyai fiági felmenőnek van patria potestasa, és minden ember csak egy agnatióhoz tartozik, t. i. apjáéhoz. Innen van, hogy ha a leány, a ki szintén atyja patria potestasa alatt áll, férjhez megy és ez által férje manusa alá és így annak családjába kerül, ez által eddigi családjából kiválik. Ha azonban a lány atyja halálakor még hajadon, ő is sui iurissá válik.

Látjuk egy szóval, hogy nem mindenki, a ki leszármazó, volt egyszersmind patria potestas alatt álló ú. n. agnatus is, pl. nem volt az a férjhez ment leány, nem az emancipált, t. i. önjogúvá tett, sem az adoptióba adott, t. i. másnak patria potestasa alá adott gyermekek. Másrészt meg voltak a patria potestas alatt nem leszármazók, pl. az adoptált gyermekek. Tehát a vérközösség nem szükséges a patria potestáshoz, de ismét nem is elegendő. Az újszülött csak úgy kerül a patria potestas alá, ha a paterfamilias

felemeli őt (*ius tellendi*), csak ezzel, és nem a vérközösséggel kerül a familiába, az agnatióba. Később persze az olyan paterfamilias, a ki oly kegyetlen, hogy az újszülöttet nem tollit, nota censoria alá esik. A jog fejlődésével azonban, mint mondtuk, a vérrokonság jogilag is érvényesül és háttérbe szorul, majd egészen elenyészik a régi agnat család a vele járó jogkövetkezményekkel együtt.

A nő jogállására nézve láttuk, hogy előbb paterfamiliasa, majd férje, illetve annak paterfamiliasa hatalma alatt áll. Ha azonban apja a paterfamilias és ő ennek halálával még hajadon, vagy férje hal meg, a ki szintén sui iuris volt, akkor a nő is önjogúvá, paterfamiliássá válik, önmaga külön család. Ha azonban megházasodik, önjogúságát ismét elveszti, férje agnatiójába kerül. Ezt fejezi ki az ismeretes paroemia: *mulier est suae familiae caput et finis.* A nőnek nem lehet patria potestasa, szülői hatalma.

Az atyai hatalom keletkeztető tényei közt mint láttuk első a jogszerű házasságból való leszármazás.

178. §. A házasság.

Épúgy, mint általában a családjog, úgy a házassági jog is házassági személyi és házassági vagyoni jogra oszlik.

Iustinianus így definiálja a házasságot: *nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens.* A házasság férfinak és nőnek egyesülése osztatlan élet folytatása czéljából. Modestinus a digestákban kissé czifrábban így definiál: Nuptiae sunt coniunctio maris atque feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio. A házasság valóban olyan definiálhatatlan viszony, hogy csak a praxisban lehet megtanulni. Iustinianus és Modestinus definitiói nem strikt jogi meghatározások, van bennök költői máz és így nem is egészen igazak. Mert, ha pl. a házasság confarreatióval meg van kötve, akkor házasság az akkor is, ha már nem is élnek osztatlan életet, tehát nem individuam consuetudinem vitae continens. Iustinianus definitiója a házasság ideáljának, nem a jogi fogalomnak leirása.

A házasság a justinianusi jogban egészen más, mint a régi jogban. A régi házasság, úgy a mint azt a 12. tábla alapján megconstruálhatjuk, nem a férj és feleség közti viszony, az az apa viszonya leányával szemben. A mit a feleség szerez, férjének szerzi, a mit obligál, magát obligálja, a mi delictumot elkövet, azért noxae kiadható. A férjnek ezt a hatalmát felesége fölött manusnak hivjuk, de ez mint látjuk, inkább atyai hatalom. Férji hatalom úgy a a mint az a justinianusi jogban és ma van, ebben az időben ismeretlen. Ma a férji hatalom abban áll, hogy bizonyos kérdések eldöntése a férjtől függ, így ő határozza meg a domiciliumot, a háztartási kiadások mértéket, a feleség bizonyos megadással tartozik viseltetni a ház fontosabb ügyeiben, obsequiummal és reve-

rentiával tartozik férje iránt. Ez nincs meg a régi jogban, ott a férji hatalom, bár névleg más, mégis inkább patria potestas.

A justinianusi jogban és ennek alapján a keresztény egyházi jogban is a házasságkötés formátlan consensualis jogügylet, *consensus facit nuptias.* Nem így a régi jogban, a melyben minden ügylet strikt, alaki. A régi jogban a házasságkötésre két forma szolgált, egyházi és világi forma (bár ez csak körülbelül talál). A mintegy egyházi forma a *confarreatio.* Ez valószinűleg a régibb. Panis farreus, szent ostyaféle, alkalmazása mellett történt, tehát vallásos ceremoniával ment végbe. Alkalmasint a legrégibb formája a házasságnak, a mely hosszú ideig csak patriciusok közt volt alkalmazható. A másik forma a *coemptio* a régi mancipatio, a régi adás-vétel formájában kötött házasság. Minden régi jogban találkozunk azzal a formával, hogy a leány eladatik, ennél csak a nőrablás útján kötött házasság régibb. A szabin nők rablása csak mythikus felöltözése annak a ténynek, hogy a rómaiak is eleinte rablással szerezték nőiket. A második stadium, a nőeladás a coemptióban van megörökítve, a mely szintén formálügylet volt, a mancipatiónak ismert formájában. A vőlegény megvette a leányt. A confarreatio és coemptio, ez a két forma, a melylyel iustum matrimonium köthető. A mi nem ilyképen köttetik, nem iustum matrimonium, a nem így elvett nő nem kerül férje manusába. A tulajdonjog fejezetében láttuk, hogy a mit a civis nem mancipatio útján szerzett, az nem volt tulajdona, de azzá lett, ha bizonyos idón keresztül zavartalanul birta. Így volt ez a nem confarreatióval vagy coemptióval kötött házasság három napig meg nem szakitása (*usurpatio trinoctii*) esetén is. Az *usus,* egy évi használat, egy évi szünetlen együttélés megállapítja ex post a iustum matrimoniumot. A tankönyvek úgy szokták előadni, hogy a házasságkötésnek három formája volt, confarreatio, coemptio és usus. Ez nem helyes. Az usus nem formája a házasságkötésnek, ellenkezőleg, csak pótlása a forma elmulasztásának. A confarreatio és coemptio a köztársaság folyamán hovatovább eltünt. Valamint a mancipatio később csak symbolikus adás-vétel lett, úgy a coemptio is csakhamar csak symbolikus házasságkötéssé vált. Ebben a korban t. i. előnyben részesültek a férjes nők, ekkor hozta meg Augustus a lex Julia-t de maritandis ordinibus és a lex Papia Poppaeat a házasság propagálására. Ilyen előnye volt a házasságkötésnek egyebek közt az is, hogy a sui iuris nő, a ki gyámság alatt állott, ez által a gyámság alól felszabadult. Hogy a nő ezeket az előnyöket élvezze, házasságot kötött, de csak symbolice, képletesen a coemptio formájában. Választott magának senex coemptionariust, öreg barátot, a ki nőül vette ugyan, de egyszersmind arra is kötelezte magát fiducia formájában, hogy férji jogait gyakorolni nem fogja. Így a házasságkötés formáját használták fel arra, hogy a nő jogilag asszonynyá legyen, a nélkül, hogy egyszersmind feleség is volna.

A házasság cziviljogi elvén már az usus is rést ütött. Szünetlen usus által a nő a férje manusába kerül. De mint minden elbirtoklásnak, ennek is szünetlennek kell lennie. Ha tehát a nő 3 éjen keresztül távol marad a férfi házától, az usus interrumpálva van, usurpatio történt. Ez azt jelenti, hogy már ebben a korban is ismernek arra modust, hogy a nő factice feleség legyen, de a férj mégse szerezze meg a manust. Ilyképen már a régi jogban is vannak házasságok, melyek manussal járnak és vannak olyanok, a hol nincsen manus. Ez az utóbbi forma, a manusnélküli házasság mindjobban elhatalmasodik. A respublica vége felé már elismerik azt a házasságot, a mely inter peregrinos állt fenn, a forma nélkül, puszta consensussal kötött házasságot. A férj igy nem nyer manust, de azért gyermekei felett mégis van patria potestasa. A justinianusi jogban már csak ez a házasság van meg, már az az elv uralkodik, hogy *consensus facit nuptias*. Ezzel együtt jár, hogy a manus helyébe a férji hatalom fogalma lép.

Vagyonilag is nagy a különbség a régi házasság és a justinianusi között. A régiben a feleség vagyona a férjé, a feleségnek külön vagyona nincs, a justinianusinál a nőnek vagyona független, önálló a férjétől. A mit a nő magával hoz a házhoz, a *bona paraphernalia*, az övé marad, ő rendelkezik felette.

A *iustum matrimonium* vagy *iustae nuptiae* mellett, a hová a manusnélküli, ú. n. *szabad házasság* is tartozik, a római jog még két viszonyt ismer a nemi együttélésre, az egyik a *concubinatus*, a másik a *contubernium*. A concubinatus állandó együttélési viszony, a melyből csak az *affectus maritalis* hiányzik. Együttélés házassági szándék nélkül, a melyet a jog is elismert. Annyira elhatalmasodott ez a közszokásban, hogy Augustus sem merte eltörülni. Így a iustum matrimonium és a teljesen törvénytelen együttélés, a *struprum* közt közvetitő formaként ismerte el a római jog a concubinatust. Augustus ezt csak annyiban szorította meg, hogy a legelőkelőbb osztályú nőket a feminae honestae-t eltiltotta tőle, de egyébként bármely férfi bármely nővel kötheti. A későbbi császárok ezt a korlátot is eltörlik, másrészt megkötését nyilvános formákhoz kötik. A concubinatus több, mint a stuprum. A concubinatusból származó gyermekek *liberi naturales* privilegizálva vannak, az apától alimentatiot kérhetnek, törvényesithetők. Nem így a stuprumból származók. Ezeknek, qui vulgo concepti sunt, jogilag csak anyjuk van, apjuk nincs. Egészen más a contubernium. Ez a rabszolgáknak egymás közti, illetve rabszolga és szabad közti tényleges együttélési viszony, nem jogi, mert házasság csak szabad emberek közt lehet.

A manus nélküli ú. n. szabad házasságban a nő férjével szemben extraneus, vagyoni tekintetben teljesen különáll férjétől. Csak két tekintetben van a szabad házasságnak vagyoni hatása: 1. Férj és feleség közt nem jöhet létre ajándékozás. 2. A köztük fennálló ethikai viszonyból kifolyólag köztük furtumról nem lehet szó, az

egyiknek a másik ellen nincs actio furtije, hanem csak *actio rerum amotarum*.

Vagyoni ügyletek azonban nemcsak a házasság idején, hanem már menyasszony és vőlegény közt szoktak keletkezni. Ilyenek a hozomány, dos és a donatio propter nuptias. Ezek rendesen a szabad házasságot is megelőzték. Ezeket szokás házassági vagyonjog néven tárgyalni, de helytelenül, mert ezek nem a házasságnak hatásai, nem ex lege folynak a házasság tényéből, hanem szerződésből, melyet persze a házasság feltevéséből kötnek.

Dos, hozomány az a vagyonérték, melyet a férj azért kap, hogy ez az ő vagyonát szaporitsa és hogy ezzel a házassági terheket könnyebben viselhesse, ad ferenda onera matrimonii. A házassági terheket ugyanis a férj tartozik viselni, a nő családja nem köteles ehhez hozzájárulni, de illendő volt, hogy ezt megtegye. Erre szolgált a dos. Illendő volt, úgy mondtuk, de a férj nem követelheti. A lex Julia óta azonban a nő már követelheti ascendenseitől, hogy neki hozományt adjanak. Ez a hozomány, mely a férjnek leköttetik, a férjé. A dos lekötése vagy szerződéssel, vagy egyoldalú ügylettel történhetett, másrészt megtörténhetett dologilag és kötelmileg, a szerint, a mint mindjárt át is adták a férjnek, vagy csak igérték. Első esetben a férj mindjárt tulajdonjogot nyert a hozományi dolgokra, második esetben pedig csak kötelmi jogot kiadatásukra. A justinianusi jogban a dologi szerződés neve *dotis datio*, a kötelmié *dotis promissio*, dos aut datur aut promittitur. A régebbi jogban három kötelmi forma van a dos igérésére: a *dotis promissio*, *dotis dictio* és *dotis pollicitatio*. (Ez a tan különben vitás.) A promissio dotis közönséges stipulatio, tehát alaki verbalis szerződés. A dotis dictióra nézve már vitás, alaki volt-e vagy alaktalan? Valószinüleg alaki volt, Gaiusból legalább így vehető ki. Alaki volt, de csak egyoldalú (uno loquente). A pollicitatio dotis, melyet némelyek a dotis dictióval egynek mondanak, valószinüleg alaktalan, egyoldalú igéret volt. Iustinianus ezeket a különbségeket megszünteti és csak a promissio dotist ismeri el a dos kötelmi hatású constituálására.

A dost constituáló ezek a szerződéseket a férj vagy magával a nővel kötötte, ha az sui iuris volt, vagy atyjával, vagy köthette bárkivel. Bárki adhat dost. A szerint, hogy ki adta a dost, megkülönböztetünk *dos profectitiát* és *adventitiát*. Az első az, a mely ex patre uxoris proficiscitur, minden máshonnan eredő dos dos adventicia. Harmadikként fel szokták itt említeni a *dos receptitiát*, ez azonban nem tartozik ide. A ki a dost adta, egyúttal stipulatiót is szokott volt a férjjel kötni, hogy a házasság megszünése után a férj ezt a dost vissza fogja adni, még pedig ugyanoly módon, mint a hogy kapta. Az ilyen visszajáró dos a dos recepticia. Ez tehát nem az eredeten alapuló külön fajtája a dosnak, ez nem az előbbi kettő mellett szerepel, hanem azokkal kapcsolatban. A dos recepticia

egyszersmind vagy profecticia, vagy adventicia is kell, hogy legyen. A visszaadásra irányuló ez a stipulatio a *cautio de dote reddenda*, vagy *cautio rei uxoriae*, melynek alapján a házasság megszüntével *actio*, helyesebben condictio *ex stipulatu*-val lehetett élni a férj ellen. Ez tudvalevőleg stricti iuris actio, a melylyel csak azt lehetett követelni, a mi a stipulatióban meg volt határozva.

A constitutio dotis pillanatától fogva a dos vagyonértéke a férj vagyonába jut. Ha dosként a férjnek elengedem valamely tartozását, ez a constitutio dotis pillanatával megszünik. Ez esetben felmerül a kérdés, hogy a dos constituálásának ez milyen módja. Azok, a kik a datio doti alatt a vagyonértéknek, a dolgoknak tényleges traditióját értik, a dos constituálásának harmadik módját is kell, hogy felállitsák, t. i. per acceptilationem. Ezt elkerülik azok, a kik datio dotis alatt a dosnak minden oly constituálását értik, a mi nem promissio dotis. A dos tehát a római jog szerint a férj tulajdonává lesz. A házasság végeztével persze, ha stipulatio reddendae dotis köttetett, vissza kell adnia. A házasság alatt azonban korlátlanul az övé. Csak az ingatlanok tekintetében volt megkötve. *A fundus dotalis* az övé volt szintén, tulajdonosa annak, de rendelkezési joga korlátolt. A doshoz tartozó ingatlan el nem idegenithető és meg nem terhelhető. Ezzel a nőnek a dos legfontosabb és legértékesebb részét biztositani akartak. A visszaadás módja előre meg szokott volt határoztatni. Vagy úgy adták a férjnek a hozományt, hogy felbecsülték azzal, hogy a férj majd csak ezt a becsértéket adja vissza, mintha tehát a dolgokat későbbi megfizetésre vette volna: *dos aestimata venditionis causa*, vagy ugyanazoknak a dolgoknak visszaadására kötelezték és csak azért becsülték fel, hogy ha rajta kivül fekvő, neki fel nem roható okból magukat a dolgokat vissza nem adhatja, akkor a becsértéket téritse meg: *dos aestimata taxationis causa.* Gyakran szabad választást engedtek neki, maguknak a dolgoknak, jogoknak vagy a becsértéknek restituálása közt.

A férj csak akkor volt köteles a házasság megszüntével a dost visszaadni, ha magát erre a dos constituálásakor stipulatióban kötelezte. Később a jog megkövetelte, hogy ilyen stipulatio cautio nélkül is visszaadandó. A visszaadás kötelezettsége tehát nem ex stipulatu, hanem ex lege származott. A mit így a jog elrendelt, azt az illem már régen tartotta. A férj szerződés nélkül is visszaruházta a dost, még pedig már a köztársaság idejében is. Ekkor is ismerték már az *actio rei uxoriaet.* Ezzel a dost adó élhetett a dos visszakövetelésére, de nem ex contractu, hanem ex lege. Ez persze nem volt stricti iuris actio, hanem bonae fidei, melynek alapján a biró a felperesnek nem annyit itélt meg, a mennyit felperes neki adott, hanem a mennyit méltányosnak látott. Igy a férjnek sem rögtön, sem mindent nem kellett visszaadnia, költségek és esetleg elvált nejének tisztességtelensége miatt visszatartott

gyermekei eltartása czimén levonásokat eszközölhetett, a minek a condictio ex stipulatuval szemben nem volt helye.

A fejlődés folyamán a dosnak a házasság megszüntével való visszaadására tehát két actio áll egymás mellett, a condictio ex stipulatu és az actio rei uxoriae. Előbbi ex contractu származott és stricti iuris, utóbbi ex lege és bonae fidei, megtűrt levonásokat és halasztásokat. Az actio rei uxoriae legszemélyesebb kereset, csak a nő élhet vele. Ha tehát a feleség meghal és a férj még nem adta vissza a dost, akkor, ha csak mással szemben a visszaadásra nem kötelezte magát, most már örökké az övé marad. Iustinianus a két actiót egyesítette, a kettőből egyet csinált, melyet *actio ex stipulatunak* nevez ugyan, de a mely már bonae fidei kereset, tehát halasztás és levonásnak helye van vele szemben. Levonásnak azonban csak propter impensas necessarias van helye. Élhet továbbá a férj a beneficium competentiaevel. Iustinianus szerint tehát a dos mindig visszaadandó, arra külön stipulatiot kötni felesleges. Csak egy esetben nem kell a dost visszaadni, ha t. i. a házasság a nő hibájából eredő válással szünik meg. Ilyenkor a férj a dost megtartja. És ez által a dos eredeti vagyoni czélja mellé ethikai is lép: a házasság tisztaságának megóvása.

A dos az egyik vagyonjogi viszony, a mely a szabad házasságot megelőzte, a másik a *donatio ante nuptias.*

A donatio ante nuptias, a szabad házasságot rendszerint megelőző ajándékozási szerződés a vőlegény vagy az ő nevében más valaki (különösen a férj atyja) s a menyasszony között, melynek értelmében a menyasszony hozománya nagyságával nagyobbrészt megegyező összeget kapott. A házasság ugyanis a kezdetleges korban adásvétel volt, a mi a Keletről szivárgott át Rómába, de ott olyas alakulatot vett, hogy a vételárat nem a nő atyjának, hanem magának a menyasszonynak adták. Ebből fejlődött a császárság korában a donatio ante nuptias. Az illem magával hozta, hogy a vőlegény a nyerendő hozománynak megfelelő ellenértéket adjon a menyasszonynak (antipherma). Innen középkori neve: *antidos, contrados.* Ez az antidos a házasság megkötésével szintén a férj tulajdonába került, épp úgy mint a dos, és a házasság felbomlásával a nőnek kijárt. Ez különben a római örök jog miatt is szükséges volt. A szabad házasságbeli nőnek ugyanis csak imaginarius örökjoga volt. A praetori öröklés szerint a nő csak a hetedfokú, sőt a justinianusi jog szerint csak az összes rokonok után hivatott meg. Igy más módon kellett ellátni. Erre szolgált a donatio ante nuptias, a mely tehát nem annyira a szeretetet tanusító, mint inkább gazdasági rendeltetésű ajándékozás volt. Ebből magyarázható, hogy Iustinianus a donatio ante nuptiasnak a házasság alatti gyarapitását is megengedte, sőt Iustinianus már odáig ment, hogy szerinte az ilyen ajándékozás a házasság alatt is köthető volt, a mi máskülönben nem volna összeegyeztethető

azzal a római jogi szabálylyal, hogy a házasság alatti ajándékozások (donatio inter virum et uxorem) elvileg semmisek. A maga intézkedésének megfelelően az ajándékozás nevét is megváltoztatta, elnevezvén ante nuptias helyett *donatio propter nuptiasnak*. Iustianusnál az intézmény a következőképen van szabályozva. A donatio propter nuptias a férj tulajdonába kerül, de a fundus dotalishoz hasonlóan a fundus antidotalis sem idegeníthető el, illetőleg meg nem terhelhető a nőnek beleegyezése nélkül, a melyet két év leforgásával ismételnie kell. A nőnek a donatio erejéig férje vagyonán törvényes zálogjoga van, a férj csődbe jutása esetén az antidos kiadását követelheti, de ez esetben jövedelmét a házassági kiadások fedezésére kell fordítania. Válás esetén, ha a férjet a Theodosius és Valentinianus megállapította válási okokban vétkesség terheli, a donatio propter nuptiast a nő kapja. Ha a házasság egyik fél halála miatt szünik meg, akkor a túlélő fél kapja a donatumot, még pedig a nő olykép, hogy gyermek nem létében a szerződésnek megfelelően az egészet vagy csak egy részét, gyermekek létében pedig egy gyermekrészen felül az egésznek haszonélvezetét.

Gyakori eset volt, hogy a donatio ante nuptiast a nő dosképen visszaadta a férjnek (donatio ante nuptias in dotem redacta).

Megjegyzendő, hogy a donatio ante nuptias néven a források a kifejtetten kivül a jegyesek közti ajándékozást (largitas, donatio seu arrha sponsalitia) is értették, a mely a jegyesség felbontása esetén visszakövetelhető volt, ha az ajándékozót a jegyesség felbontásában vétkesség nem terheli. Constantinus rescriptuma szerint azonban a vőlegény ilyen ajándékainak csak fele követelhető vissza, ha az egyik jegyes halála miatt szünt meg a jegyesség interveniente osculo. A csók volt ugyanis a jegyességnek symboluma.

Ez a két intézmény a dos és a donatio propter nuptias az, a mely a szabad házasság-vagyoni oldalát adta. Ezek mellett a nőnek meg volt a maga külön vagyona, a mit szerzett, magának szerezte, hiszen nem volt férje manusában. Hogy azonban túlzott gyengédség folytán a házastárs magát a másik javára vagyonától meg ne foszsza, meg volt tiltva a házastársak közti ajándékozás (donatio inter virum et uxorum), a mely csak akkor lett érvényessé, ha az ajándékozó haláláig vissza nem vonta. Talán e tilalom kijátszása ellen vagy a mi még valószinübb, a rég manusbeli viszony emlékeképen, ismerte a római jog az ú. n. *praesumptio Mucianat*, a mely szerint in dubio az, a mit a nő a házasság tartama alatt szerez, a férjtől származónak tekintetik, vagyis a férjé.

Nem minden férfi és nő köthet házasságot.*) Ezt a törvény-

*) 28. lapon a lex plusquam perfecta példájául a mai tilos házasság van felhozva. Ez oda módositandó, hogy a tilos házasság lex minus quam perfecta.

hozások *házassági akadályoknak* szokták nevezni. Ez a szerencsétlen kifejezés a canonjogból ered. Az ilyen házassági tilalmakat a római jogban két szempont alá lehet fogni, mert vagy politikai vagy ethikai czélzatúak. Előbbiekről a császári jogban már nincs szó, helyükbe vallási korlátok léptek. Régen a connubium csak bizonyos körben volt megengedve, patricius és plebejus közt házasság nem volt köthető. 445-ben a *lex Canuleia* a plebs győzelmét befejezi, mert megadja a connubiumot a plebeiusoknak is. Később a házassági korlát a civis és peregrinus közé tétetett. Lassankint azonban megnyeri a connubiumot a Latinus, majd minden italiai, végül 212 ben Caracalla a római birodalom minden polgárának megadja. Ezzel a politikai korlátok elestek. Helyökbe lépett a keresztény és nemkeresztény közti házasság tilalma. Egészen más jelentőségűek az ethikai korlátok. Az ethikai érdek első sorban is azt kivánja meg, hogy a család eredete tisztán legyen kiszámitható. *Egy* házasság álljon fenn egy időben, hogy a gyermekek származása tekintetében homály ne legyen. A római házasság már a legősibb időkben monogamia. Ethikai követelmény, hogy bizonyos házasságoktól tartózkodnunk kell, így a descedensekkel való házasságtól. Az ilyen házasság az, a mit *incestusnak*, vérfertőzésnek mondunk, még pedig *incestus iuris gentium*. A rómaiak azonban tovább mennek. Ők ezzel a valódi rokonsággal egy vonalba helyezik a fictiv rokonságot, tehát az adoptio útján létrejött viszonyra is kiterjesztik ezt a korlátot. Ehhez az egyházjog hozzáadja még a keresztszülők fictiv rokonságát is. A római jog továbbá ugyanazon ethikai szempontból megtiltja a házasságot a *respectus parentelae* alapján is, nem vehetem el tehát nagybátyámat, nagynénémet, szóval ascendensem testvéreit. Meg van tiltva továbbá a házasság testvérek között is, az ennek ellenére történt egybekelés *incestus iuris civilis*, azért iuris civilis, mert eredeti római tilalom. Az egyptomiaknál a testvérek közti házasság nemcsak, hogy meg volt engedve, de szent dolognak is tartották. Az ascendenseknél és respectus parentelaenél a házassági tilalom korlátlan volt. Nem így az egyéb oldalági rokonságnál. Ennél transversa linea a tilalom csak a negyedik fokig áll fenn. A sógorságnál is bizonyos fokig tiltva van a házasság. Mindezek az elvek az újabb törvényhozásokba is átmentek. (A házassági akadályokat összefoglalva l. Vécsey 396. l., Kajuch 338. l.)

A házasság megszűnése. Úgy látszik a régi, az ősidőben a házasság felbonthatatlan volt. Hiszen a régi népeknél az özvegy férjét máglyán a halálba követi. Az ősrégi római időkre két adatunk van, a mely azonban egymásnak ellentmond. Plutarchos szerint Romulusnak van törvénye (értsd ősi jogszabály Rómában), hogy a nő férjét el nem hagyhatja, de a férj a nőt elűzheti, de csak súlyos vétség miatt. Ilyen súlyos vétség három van: a házasságtörés, kulcsdobás és bájitalkészítés. Ezzel szemben Dyonisius Halicarnassus

szerint a házasság feloldhatatlan volt, de a nő két okból súlyosan megbüntethető a iudicium domesticum által. Ez a két ok a házasságtörés és a borivás. Hogy ebben valami igaz van, mutatja Gellina peregrin iró, ki Noctes Atticae czímen érdekes társadalmi korképet ad. Ez említi az öreg Catónak egy beszédét, mely szerint két igazolt válási ok van: a házasságtörés és az ivás. A Plutarchos által említett vétségeknek Jhering adja igen érdekes magyarázatát, de ezt, maguk a vétségek, a házasságtörést kivéve, a későbbi korban ismeretlenek lévén, mellőzzük. A házasságtörésre e kornak az a sajátos felfogása volt, hogy csak nő követheti el.

Mindkét adat valószinűvé teszi, hogy a házasság feloldhatatlan volt. Ez Karlova szerint abból is foly, hogy régebben csak egy házasságkötés volt: a confarreatio, már pedig ennek egyik sokáig, a történeti időben is fenmaradt esete, a flamen Dialisbeli házasság, felbonthatatlan volt. Lassanként azonban az az elv diadalmaskodott, mely a házasságok felbonthatóságát hirdette. Eleinte, és ez már a történeti időbe esik, csak a férj bonthatta fel. A férj nejét emancipálhatta, manusából elbocsáthatta és remancipálhatta, a coemptióval szerzett feleségét viszonteladhatta. A confarreatióval kötött házasság azonban csak a papok segélyével volt felbontható. Erre szolgált a *diffareatio*, a confarreatiónak párdarabja. A római jognak ugyanis egyik alapelve volt, hogy minden ügyletet abban a formában kell megszüntetni, a melyben köttetett. Livius meséli, hogy valami Furius lett volna az első, a ki nem a nőnek hibája miatt, hanem annak hibáján kivül, t. i. sterilitása miatt vált el. Addig csak propter graves mores történt a válás.

A nő ebben az első korban nem válhatott el férjétől. Máskép volt a dolog a szabad házasságnál. Hisz ez de iure évszázadokon keresztül semmi jogi állandó kapcsot nem létesített férj és feleség között. A nő nem ment át a férj családjába, hanem paterfamiliasa hatalmában maradt. Igy a házasságot első sorban ez a paterfamiliasa bonthatta fel. A paterfamiliasnak ugyanis a praetor interdictumot adott, melylyel ez másnál lévő gyermekének kiadatását kérhette. Ez az *interdictum de liberis ducendis*. (Ezt megelőzőleg kapta az *interdictum de liberis exhibendist*, a melynek segélyével megtudhatta, hogy gyermeke annál van-e, a kit ő gondol.) A paterfamilias tehát bármikor felléphetett lánya férje ellen, hogy add elő (exhibitio) gyermekemet, és ha tényleg nálad van, add ki. Ily módon a szabad házasságbeli férj ki volt szolgáltatva felesége atyjának. Ennek később a praetor úgy vette élét, hogy a férjnek is adott absolut követelési jogot, a férj mindenkitől és igy felesége atyjától is követelhette, hogy mutasd fel, ha nálad van, és add ki a feleségemet. Erre szolgált az *interdictum de uxore exhibenda et ducenda*. Ily módon a paterfamilias többé a házasságba bele nem avatkozhatott. Ez fölöslegessé is lett, mert a válás lassanként egészen szabaddá vált. Válni lehetett bármely okból. Két módja

fejlődött ki a válásnak, az egyoldalú *repudium* és a kétoldalú *divortium*. A repudium abban állt, hogy az egyik fél, rendesen a férj, azt mondta a másiknak: res tuas tibi habeto. Ekkor a nő elmehetett, de ezzel a manusbeli házasságnál a manus még nem szünt meg, azt külön emancipatióval kellett megszüntetni.

A válások féktelensége lassankint oly mérveket öltött, hogy Augustus idejében jónak látták korlátozásukat. A lex Julia de maritandis ordinibus azt rendeli, hogy a válás csak oly formában történhetik, hogy a férj 7 tanú és egy libertus előtt jelenti ki, hogy válni akar. A 7 tanú máshol is előfordul, de a libertus szereplése szokatlan és érthetetlen. Némelyek szerint a lex Julia rendelkezése annyit jelent, hogy a 7 tanúnak ingenuusnak, szabad születésűnek kell lennie, tehát libertust kivéve, 7 tanú kell. De lehet ennek a jelentése az is, hogy válást csak olyanoknak enged meg, a kik oly vagyonosak, hogy már libertusuk is van. Ezzel akarták korlátozni a válásokat. A keresztény császárok még tovább mennek és váló okokat állítanak fel, de ezek nem stringensek, más okból is lehet válni, sőt lehet minden ok nélkül. Más szóval ezek a törvények nem voltak leges perfectae.

A keresztény császárok egy másik intézkedése, hogy a második házasságot joghátrányokkal sujtják. Ezzel ellentétbe helyezkednek a lex Papia Poppaeával és a lex Julia de maritandis ordinibussal, a melyek a házasságkötést propagálták. A keresztény császárok a *parens binubust*, a második házasságra lépő szülőt azzal sujtják, hogy mindazt a vagyont, a mit első házasságbeli hitvestársától kapott, hozományt, antidost stb., szóval a *lucra nuptialiát* elveszti az első házasságból származó gyermekek javára. Ennek a második házasságért való büntetésen kivül az az indoka is van, hogy a gyermekek szüleik vagyonától meg ne fosztassanak. Ezért nem egészen talál ennek az intézménynek neve: *poenae nuptiarum secundarum.*

Ez körülbelül a házassági jog képe, úgy mint az Iustinianusig fejlődött. Nála a hitvestársi hatalom, mint sui generis hatalom, mint manus már nem létezik, hanem csak mint egyik főmódja a patria potestas megszerzésének. A házasságot ő institutióiban csak mint oly intézményt emliti, a mely főalapja az atyai hatalom keletkezésének, mert minden gyermek, quos iustis nuptiis procreavimus, in potestate nostra sunt. A lényeges nem az, hogy születtek, hanem hogy nemzettek. A nemzés jogi tény, de nem jogügylet, míg az atyai hatalom egyéb szerzési tényei: legitimatio, adoptio, arrogatio mind jogügyletek.*) Azért mondjuk a nemzést az apai hatalom megszerzése természetes, a többieket pedig mesterséges módjainak. A nemzésre nézve az a vélelem áll fenn, hogy a házasság alatt

*) A 62. l.-on ezt bővebben kifejtettük. Ott azonban hiba csúszott be. A 11. sorban e helyett: a szülésről Cohner teendő: a költésről Kohler.

nemzett gyermek a férjtől nemzettnek tekintetik. Erről a 156. l.-on bővebben szóltunk.

A nem jogszerű házasságból nemzett gyermekek nem kerülnek az atya hatalma alá. De a concubina gyermekeit, a liberi naturalest az atya jogügylettel patria potestasa alá hozhatja. Ez a jogügylet a *legitimatio,* törvényesités. A római jog csak a concubinatusból származó gyermekek törvényesitését engedi meg, a stuprumból származókét, az ú. n. spuriusokét, a mai értelemben vett törvénytelen gyermekekét, nem. Iustinianus szerint a legitimatiónak két módja volt, azelőtt harmadik formát is ismerték. A rendes mód a *legitimatio per subsequens matrimonium* volt, az apa utólag nőül vette a gyermek anyját, concubináját. Az eddig naturales liberi ez által legitimikké lesznek. Ezt a módot Constantinus honosította meg. A másik mód a *legitimatio per rescriptum principis,* császári constitutióval, tehát a nélkül, hogy a concubinát elvenné. Ez a legitimatio azonban csak akkor volt megengedve, ha az atyának törvényes gyermekei nincsenek és a concubinával való subsequens matrimonium már lehetetlen, pl. mert már meghalt. A Iustinianus előtt fennállott 3. mód a *legitimatio per oblationem curiae* volt. Itáliában és a provinciákban a decuriók, az adóbehajtók saját bőrükkel feleltek az adóért. Ez állásra természetesen nem igen ajánlkoztak. A császárok ezért különféle praemiumokkal csalogatták erre az állásra az embereket. Ilyen praemium volt az is, hogy ha az apa naturalis gyermekét decuriónak adta vagy ha naturalis lányát decurióhoz adta férjhez, ez által törvényesitette őket.

179. §. Az adoptio.

Az *adoptio, gyermekkéfogadás* a patria potestas mesterséges elnyerése, vagyis az a jogügylet, a melylyel a római ember valakit patria potestasa alá gyermekévé vagy unokájává fogad. Megkülönböztetendő ettől a táplálásba fogadás (alumnus), mert ez csak tényleges, nem jogi viszony és bármikor egyszerűen felbontható, holott az adoptio csak oly módokon szűnik meg, mint minden más gyermeki viszony.

Az adoptiónak két faja volt: *adoptio szűkebb értelemben* vagy röviden adoptio, ha a gyermekké fogadott alieni iuris, idegen hatalom alatt álló személy volt, és *arrogatio,* ha a gyermekké fogadott sui iuris. E kettő közül valószinűleg az arrogatio a régibb, mert nyilvános, publicus actus, holott az adoptio magánügylet. Mindkettőnek czélja az volt, hogy a gyermektelen apa családi sacrak folytatásáról gondoskodjék, tehát a házi kultusz, a család, a családi név fentartása.

Mindkét fajta adoptióra a következő szabályok állanak: A gyermekké fogadó csak férfi lehet, később in solatium liberorum amissorum a nő is adoptálhatott, de csak külön császári rescrip-

tum alapján. Ilyen esetben azonban, ha t. i. a nő adoptált, hatalmi viszony nem keletkezett. Minthogy az *adoptio naturam imitatur*, gyermeknemzést pótol, a férfiú is csak akkor adoptálhatott, ha teljes házasságkötési képessége volt. Nem adoptálhatott tehát a castratus, ellenben a spado igen. (Ez utóbbi már kivétel a naturam imitatur elve alól, a mely különben sincs következetesen keresztülvive, mert pl. gyermektelen családapa az adoptatust egyszerre unokájává fogadhatja.) Csak sui iuris ember adoptálhatott. Filiusfamilias úgy nyert adoptio útján gyermeket, hogy a paterfamilias unokául, tehát neki gyermekéül fogad valakit. Az adoptáló és az adoptált közt Iustinianus korkülönbséget kiván, az adoptansnak 18 évvel (plena pubertate) kell idősebbnek lennie. Azelőtt ettől eltekintettek. Az adoptált személyére vonatkozólag az a korlát volt, hogy concubinatusból származó gyermekét az apa nem adoptálhatja, valamint meg volt tiltva valakinek ugyanegytől való kétszeri adoptiója. Maga az adoptio jogügylete actus legitimus és mint ilyen sem feltételt, sem időhatározmányt, sem képviseletet nem tűr.

A kétféle adoptio közül mint mondtuk, a régebbi valószinűleg az arrogatio. Az arrogatio vagy adoptio per populum nevét valószinűleg onnan nyerte, hogy a pontifex maximus elnöklete alatt tartott comitian, az ú. n. comitia calatan, rogatio, törvényjavaslat formájában ment végbe. Gaius úgy irja le, hogy az elnöklő három kérdést vetett fel (rogatur): az adoptálóhoz, vajjon gyermekévé fogadja-e, az adoptálandóhoz: tűri-e ezt, a néphez: beleegyezik-e? E formalitásból folyt, hogy nőt és gyermeket arrogálni nem lehetett, hisz ezek a comitian meg nem jelenhettek. Megkivánták továbbá, hogy az arrogáló legalább 60 éves legyen, mert csak ekkor szünik meg a remény, hogy még gyermeke lehessen. Csak gyermektelen paterfamilias arrogálhatott és csak egy személyt, mert ezzel a családi sacrakról már elegendő gondoskodás történt. Az arrogatio előtt a pontifexnek, később a hatóságnak kötelessége volt a causae cognitio, megvizsgálta, megvannak-e ezek a kellékek és nem szenved-e az arrogálandó joghátrányt. Ez utóbbi szempontból meg volt tiltva, hogy szegény ember gazdagot arrogáljon s a gyám sem fogadhatta gyermekévé a gyámoltat még a gyámi viszony megszüntével sem.

Diocletianus alatt az arrogatio más formát nyert: *arrogatio per rescriptum* vagy ex auctoritate *principissé* lesz, a császár az arrogáló kivánságára és az arrogálandónak illetve gyámjainak beleegyezésével rescriptumot ad ki. Ekkor már nőt és gyermeket is lehet arrogálni, persze csak sui iurist. A serdületlen arrogatiójánál az előleges ügyvizsgálatnak különös gonddal kellett folynia és a serdületlennek egy vérrokonát is meghivták hozzá. Első sorban azt nézték, vajjon iustus és az arrogálandóra hasznos-e az arrogatio. Antonius Pius rescriptuma ezenfelül megkivánta, hogy az arrogáló cautiót adjon az iránt, hogy abban az esetben, ha az arrogált még

serdültsége alatt halna meg, ennek vagyonát ki fogja adni azoknak, a kik az arrogatio megtörténte nélkül örököltek volna, tehát a pupillaris substitutusoknak illetőleg a törvényes örökösöknek és így az arrogálónak ekkor erre a vagyonra örökjoga nincsen; továbbá, ha az arrogáló az arrogált serdületlen gyermeket biróilag elismert ok nélkül emancipálná, vagy végrendeletében kitagadná, akkor az arrogált egész vagyonát visszakapja és ha időközben fel is serdült, igénye van a fogadóatyja hagyatékának negyedére. Ez a *quarta divi Pii* vagy *Antoniniana*. Végül az arrogált, ha felserdült, emancipatióját követelheti, ha bebizonyitja, hogy az arrogatio rá nézve hátrányos.

Az arrogatiónak hatásai a következők voltak. Az arrogatus összes házanépével a pater arrogator patria potestasa alá és familiájába lép, annak nevét és rangját kapja. Ellenben megszünik az arrogatióval járó capitis deminutio minima folytán az arrogáltnak eddigi agnatusaihoz való viszonya. A régi civiljog szerint az arrogáltnak összes activái, kivéve a legszemélyesebb jogokat a pater arrogatoréi lesznek, a későbbi császári jog szerint azonban csak haszonélvezetet nyer. Az arrogált adósságai nem szállnak át a pater arrogatorra, mert a capitis deminutio folytán megszüntek, de a praetor ezeket a követeléseket restituálta és ha az arrogator fizetni nem akart, *missio in bona arrogati cum iure venditionist* adott a hitelezőknek. Az arrogált mindenben az arrogáló gyermeke, rá nézve ugyanazok a házassági akadályok állanak, mint a vérszerinti gyermekre. Ha az arrogáló az arrogált jogának kijátszására elidegenitéseket vitt véghez, akkor utóbbi ezeket az *actio quasi Calvisiana*-val annyiban megtámadhatja, a mennyiben ezek az elidegenítések a negyedre való jogát sértik. Ha az arrogáló végrendelet hátrahagyásával hunyt el, akkor az arrogáltnak keresete, melylyel az ő jogát sértő elidegenitéseket megtámadja az *actio quasi Faviana*.*) Ha az arrogált az arrogáló halálakor mint ennek libere vagy descendense a törvényes örökösök közé tartozott, érvényesitheti a maga örökösi jogát, ha ez rá nézve előnyösebb, de akkor a quartot nem követelheti: e kettő egymást kizárja.

Az arrogatio sui iurisnak gyermekké fogadására szolgált. Alieni iurist úgy látszik a régi időben adoptálni nem lehetett vagy ha lehetett, azt is népgyülés formájában kellett tenni, tehát ekkor az adoptáltnak is legalább pubesnek kellett lennie. Az igazi adop-

---

*) Az eredeti actio Calvisiana és Favianat a patronus indithatta a libertinusnak in fraudem patroni tett elidegenitései megtámadására. A patronus ugyanis libertinusa vagyonának felét kapta, ha ez végrendelkezetlenül halt meg, sőt a praetor ezt a felet akkor is megadta, ha a végrendeletben nem törvényes gyermekei vannak kinevezve, tehát még akkor is, ha a libertinus valamely arrogált vagy adoptált gyermekét instituálja. A patronus ilyenkor bonorum possessiót contra suos non naturalest nyer. Ez a római jogban a legrégibb köteles rész.

tio a 12 táblás törvényre vezethető vissza, mely azt rendeli: si pater filium ter venumduit filius a patre liber esto. Az apa adoptióba adandó gyermeket mancipatio útján Rómában háromszor eladta (az első két eladás után a vevő természetesen remancipálta, visszaeladta), ez által a háromszori eladás által a filiusfamilias kikerült atyja patria potestasából és a harmadik vevő hatalmába, mancipiumába került. Ez a harmadik vevő, vagy ha harmadszor is remancipálta, az apa, már most ezt a gyermeket manumittálhatta, szabadon bocsáthatta, ez volt az emancipatio formája, vagy elment vele a praetorhoz és ott in iure cessio formájában az adoptálni akarónak átadta. Tehát három mancipatio két (vagy három) remancipatióval és egy in iure cessio alkották együtt az adoptiót, helyesebben az in adoptionem datiót. A császárság idejében ez megszünt és helyébe a *per imperium magistratus* adoptio lépett. Az adoptálandó gyermek paterfamiliasa és a pater adoptans megjelentek a magistratus előtt és ott az adoptálandó jelenlétében és ellenmondása nélkül egyszerűen bejelentették az adoptiót (adoptio apud acta). Nemcsak vérszerinti gyermekét adhatta a paterfamilias adoptióba, hanem adoptált gyermekét is. A pater adoptans pedig nemcsak gyermekévé, hanem unokájává stb. is fogadhatta az alieni iurist. Ilyenkor vagy kijelölte egyik fiának (adoptio in locum nepotis ex certo filio) vagy minden kijelölés nélkül adoptálta (adoptio in locum nepotis ex incerto filio). Az adoptiónál causae cognitióra nem volt szükség, hiszen arra már a paterfamilias ügyelt, hogy az adoptióval gyermeke ne károsuljon.

Az adoptio hatásai a Iustinianus előtti jogban teljesen olyanok voltak, mint az arrogatióéi, kivéve azt, hogy adoptians pater nem succedált az adoptált activáiba (hisz az adoptáltnak alieni iuris lévén, nem is volt vagyona), és hogy az adoptált gyermekei az adoptáló hatalmába nem kerültek. Iustinianus azonban azt rendelte, hogy az adoptált csak akkor lép az adoptáló családjába, illetve patria potestasa alá, ha ez ascendense pl. anyai nagyapja, vagy atyai nagyapja, ha t. i. atyja, kinek hatalma alatt eddig állott, emancipatus. Ilyen esetben *adoptio plena* forog fenn, minden más esetben *adoptio minus plena*. Ez utóbbinak csak az a hatása, hogy az adoptatusnak alimentationalis igénye van adoptansa ellen és hogy utána örököl, ellenben tovább is eddigi paterfamiliasa hatalma alatt marad.

180. §. A patria potestas megszünése.

A patria potestas megszünhetik természetes és mesterséges módon. Természetes módja, ha a gyermek (lucus a non lucendo, mert 90 éves ember is gyermek római jogi értelemben, ha atyja hatalma alatt van) meghal, vagy ha az apa meghal, feltéve, hogy ez maga paterfamilias volt. A paterfamilias életében is megszün-

hetik a patria potestas, még pedig vagy az ő akaratán kivül vagy akaratával. Akaratán kivül elveszti a hatalmat először is büntetésképen, így a XII tábla értelmében, ha fiát háromszor, illetve lányát vagy unokáját egyszer (a törvény t. i. csak fiúkról szól), a császári jog szerint, ha gyermekét kiteszi vagy lányát kerítésre használja. Elvész másodszor a patria potestas ob honorem, ha a gyermek patriciussá, flamenné, később ha püspökké lett, vagy a lány Vestaszüzzé, és elvész harmadszor a patria potestas a capitis deminutio által.

Ezeknél az eseteknél fontosabb, mikor a pater familias saját akaratával veszti el a potestast. Erre szolgál az *emancipatio*. A XII táblás törvény előtt vagy egyáltalában nem volt emancipatio, vagy ha volt, publicus actus volt, mint minden jogügylet. Valamint az adoptio úgy az emancipatio is a XII táblás törvény után keletkezett, a fiú háromszoros eladásához fűződő sanctio interpretatiója által. Az apa fiát háromszor eladja mancipatióval (lányt és unokát csak egyszer), a harmadik vevő most vagy maga bocsátja szabadon az így mancipiumába került fiút, vagy a két első vevő mintájára pactum fiduciaeje alapján remancipálja a fiút az apjának, és ez bocsátja szabadon. Az atyai hatalom alól már a harmadik eladással mentesül a fiú, de hogy teljesen szabad legyen, a harmadik vevőnek, illetve az őt visszavásárló apjának szabadon kell őt bocsátania. Előbbi esetben a harmadik vevő lesz az ő quasi patronusa, *extraneus manumissor*, utóbbiban volt paterfamiliasa, *parens manumissor*. Ez volt az emancipatio régi formája. Később egyoldalú actust használtak, az abdicatiót, mikor t. i. az atya a fiút szélnek eresztette, ezzel azonban jogilag nem szünt meg a patria potestas.

A háromszoros eladással közvetített emancipatiót felváltja a császár rescriptuma által történő elbocsátás, *emancipatio Anastasiana*, a melyet Iustinianus is fentart. Ő még egy új módját állítja fel az emancipatiónak, t. i. a paterfamilias fia jelenlétében a biróságnál bejelenti az elbocsátást, *emancipatio Iustinianea*.

181. §. A tutela.

Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa. A paterfamilias hatalmával a suus önjogúvá válik tekintet nélkül arra, hogy milyen idős, hogy képes-e önmaga a maga érdekeit megvédeni. Teljesen önjogúvá válik tehát, még ha impubes vagy infans is, és önjoguvá válik a nő is, a ki bármily korú is, neme gyengesége miatt az élet viharaival támasz nélkül megküzdeni nem tud (legalább így gondolták a rómaiak). Ezeket nem lehetett teljesen magukra hagyni, és azért önjogúságuk teljes fentartásával melléjök állítottak valakit, a ki gondjaikat viseli. Ez a tutor. Tutela alatt tehát csak sui iuris állhatott, ép úgy mint később látni fogjuk,

curatela alatt is. Alieni iuris se tutorra, se curatorra nem szorult, mert hiszen van felügyelője, paterfamiliasa.

A tutela tehát családjogi hatalom oly önjogú ember felett és megvédése czéljából, ki az ő korabeli gyengesége miatt magát megvédelmezni nem tudja. Ez a definitio Iustinianus korának felel meg. Ez nem a klassikus jog felfogása. Iustinianus csak arról a tuteláról beszél, a mely a kor miatt áll fenn, a klassikus jog azonban kétféle tutelát ismer: *tutela impuberum*-ot, ez az, a melyet Iustinianus is tárgyal, és *tutela mulierum*-ot, minden sui iuris nő felett. Ez utóbbi a Kr. u. 3. században megszűnik. Ez a justinianusi definitiónak egyik eltérése a klassikus jogtól. A másik pedig az, hogy Iustinianus szerint a tutela a gyámolt érdekében, annak védelmére áll fenn, holott az intézmény eredete szerint az hatalom, mely a tutor érdekében létezik. A gyám akkor is védelmezett valamit, de nem a pupillust, a gyámság alatt állót, hanem védelmezte a maga javát. A régi jogban, ha serdületlen vagy nő lett sui iurissá, az agnatusok azért lettek ennek tutorává, hogy a vagyont az agnatio számára megtartsák. A justinianusi definitióból vis ac potestas in capite libero tehát megfelel az ős időnek is, de a többi nem.

A római jog curateláról és tuteláról beszél, a mi azonban a mai gyámsággal és gondnoksággal össze nem tévesztendő. A modern fogalom az, hogy a gyám hatalma a védett minden ügyére kiterjed, míg a gondnoké csak bizonyos vagyoni ügyeire. Ezzel szemben a gyámnak fordíttatni szokott tutor egyes ügyre is lehetett pl. a tutor praetorius, a gyám felügyeletére rendelt ellengyám, a római curator pedig, a kit helytelenül gondnoknak szokás fordítani, bizonyos esetekben megint a gondnokolt minden ügyére is felügyel (pl. a curatur furiosi). Egyike a legvitásabb kérdéseknek, hogy a curatela és tutela között voltaképen mi a különbség (Baron 369. §.)? Igen gyakori, de helytelen felfogás, hogy a tutela személyi, a curatela csak a vagyoni ügyekre hat ki. A különbség elvileg az sem, hogy a tutornak valóságos hatalma van (vis ac potestas) a tutela alatt álló személy fölött, ellenben a curatornak nincs parancshatalma, ő csak gondozza védettje érdekeit. Ez csak a klassicus időben van így. Még a XII táblás törvény a curat is potestasnak fogja fel (si furiosus existit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto). Mint minden családjogi viszony, a cura is azt a fejlődést mutatja, hogy eleinte hatalom, a mely nem annyira a gondnokolt, mint inkább a curator, a fejlődés végén már munus publicum, a mely nem a curator, hanem a védett érdekében áll fenn. A leginkább elfogadott megkülönböztetés a cura és tutela közt az, hogy a tutornak auctoritatis interpositiója van, sőt a tutor muliebris és honorariusnak csakis ez van, vagyis a gyámolt ügyleteinél, hogy érvényesek legyenek, a tutornak jelen kell lennie, míg a curatelánál a consensus (előleges vagy utólagos beleegyezés) elegendő, a curatornak az ügyletkötésnél nem kell

jelen lennie. Ez annyiban nem egészen helyes, hogy a birtokszerzést és az örökség elfoglalást kivéve, az infansnál a tutornak sem consensusa, sem auctoritatis interpositiója nem elegendő.

A tutela kétféle: tutela impuberum és mulierum vagy muliebris. Ez utóbbinak már Diocletianus előtt nyoma vész. A régi időben az egész respublicán keresztül és utána még a principatus első két századában is minden mulier, a ki sui iuris és pubes, azaz minden nő, ki a 12 éves kort meghaladta és sui iuris, tutela alatt áll, még pedig a törvény rendelkezésénél fogva. Minden nő tehát valami hatalom alatt áll, vagy apai, vagy férji, vagy ha sui iuris, tutori hatalom alatt. Ez utóbbinál ismét két eset lehetséges: ha még nem 12 éves, tutela impuberum, ha 12 évnél idősebb, tutela mulierum van felette. Ez volt a különbség tutela szempontjából nő és férfi közt. A sui iuris fiú 14 éves koráig szintén áll tutela impuberum alatt, de ha egyszer 14 éves, végképen felszabadul a tutela alól. A tutela mulierum hatása semmiben sem különbözött az impuberumtól, a tutor hatalma a nő cselekvő képességének korlátozása ugyanaz volt. Ennek az intézménynek Gaius idejében már semmi czélja sem volt, hisz a nő coemptio fiduciaria által úgyis szabadulhatott a tutortól, másrészt meg, ha tutela alatt maradt is, ez nem nagyon korlátozta, mert a tutor auctoritásának interpositiója ekkor már csak forma, melyre ez kényszeríthető volt. Ez auctoritatis interpositio nélkül ugyan ekkor sem volt érvényes a nő némely ügylete, de ha a tutor megtagadta, a nő a praetor segélyével rákényszeríthette. Abban a tekintetben is gyengül a tutela mulierum intézménye, hogy Gaius idejében a tutor auctoritása interpositiójára a nő nem minden rá terhes jogügyletnél szorul rá, hanem csak bizonyos taxative felsoroltaknál, és ezeknél is ki lehetett kényszeríteni. Innen van, hogy már a Kr. u. első században valami lex Claudia eltörli az agnatusok törvényes tuteláját a nő felett, a minek nyomán nem ugyan törvény által, hanem per abusum az egész tutela mulierum megszűnik.

Fontosabb tehát a tutela impuberum. Erről bőven szólottunk már a 165—166. lapon.

A tutela keletkezési módjai ugyanazok a pubesnél, mint a muliernél, ugyanaz a három keletkeztető ténye van, mint az örökösi positiónak. Keletkezik tehát vagy per testamentum vagy ab intestato, vagy harmadszor hatósági intézkedés folytán, datio tutelae (az örökjogban ennek a datio bonorum possessionis felel meg). Van tehát *tutela testamentaria, legitima és dativa*. A római felfogás szerint a legfontosabb, mely a többit kizárja, a tutela testamentaria. A XII. tábla azt mondja, *uti legassit de pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*. Az lesz a tutor, kit a paterfamilias sui iurissá váló impubes fiának vagy leányának kirendel akár testamentumban, akár codicillusban. Ha végrendelet nincsen, előáll a törvényes tutela. Tehát a törvény in substitutum, arra az esetre, ha a paterfamilias

nem intézkedett, állit fel szabályokat arra, hogy ki legyen a tutor. A tutela legitima első sorban a *proximus agnatust* illeti, azaz a fok szerint legközelebb eső agnatust. Iustinianus azonban, épúgy mint a hogy a 118. novellában az agnatusok örökjogát szünteti meg, úgy azon elv alapján, hogy *cuius emolumentum hereditatis, eius et onus tutelae*, az agnatusok törvényes tutelájának is véget vetett, és helyébe léptette a cognatusokét. Ha tehát végrendeleti tutor nincs, a legközelebbi *cognatus* az. A legitima tutelának második fajtája a *patronusok törvényes tutelája*. Ha a szabadonbocsátott rabszolga a libertinus, még impubes (régebben ha nő is), akkor a patronus nyeri el a felette való tutelát. Ez természetes, hiszen a libertinusnak még nincs agnatiója, nem lehet tehát agnatus a tutora. Úgyanígy vagyunk az emancipált impubes (régebben nőnek is) tutelájával; az lesz a tutora, a ki őt a harmadik eladása után manumittálta, ha ez apja volt, akkor ez lesz tutora is, *legitima parentum tutela*. Ez tehát csak a patronusi tutelának egy esete. Ha a patronus meghal, gyermekei vagy az a gyermeke egyedül folytatja a tutelát, kinek a libertust mintegy átutalványozta (assignatio liberti), ép így a parens manumissor után is nem emancipált gyermekei folytatják a tutelát. Ez utóbbi esetnek neve *tutela fiduciaria*. A név eredete vitás. Ha sem végrendeleti tutor, sem törvényes tutor nincsen, akkor a hatóság rendel ki egyet. A lex Atilia Kr. e. 311-ben azt rendeli, hogy ilyenkor a praetor adjon bizonyos korlátok közt a tribunusok maioritásának beleegyezésével tutort *(tutor Atilianus)*. Ugyanezt rendeli a praeses provinciae-kre nézve a lex Julia et Titia. A tutor dativus kirendelésére a császári időben külön praetort neveznek ki, az ú. n. *praetor tutelarius*. Az ily úton kirendelt tutor honorarius, dativus.

A tutor hatalma főleg az auctoritatis interpositióban nyilvánul, melyről a 166. oldalon volt szó. A tutor és pupillus közt quasi contractualis viszony keletkezik, melynek alapján a tutor olyan gondossággal tartozik a pupillus ügyeit vinni, quam in suis rebus adhibet és melynek alapján *actio tutelae directa*-val a hatalma alól felszabaduló pupillus részéről az utóbbi vagyonának kiadására szorítható. Ezzel szemben neki a felszabadult pupillus ellen *actio tutelae contrariája* van költségei megtérítésére. A tutor azonban a tutela tartama alatt is felelősségre vonható. Ha t. i. dolose megkárosítja a pupillust, bárki megindithatja ellene az *accusatio suspecti tutorist*. A tutor továbbá (és ezek a szabályok az ezután tárgyalandó curatelára is vonatkoznak) bizonyos esetekben el volt mozdítható hivatalából, *remotio curatoris* vagy *cautiót* volt köteles adni *rem pupilli salvam fore*. Ilyen cautio adására azonban a tutor testamentarius és a tutor ex inquisitione nem volt szorítható.

A tutela elfogadása munus publicum, de voltak egyes személyek, a kik erre képtelenek, mások meg felmentésüket kérhették a kötelezettség elvállalása alól (l. Vécsey 423. l., Kajuch 350. l.).

Ha valamely sui iuris impubesnek több agnatusa van, akkor ezek mind tutorai, és egyéb módokon is lehet egyszerre több tutor. Kifelé ilyenkor mind felelős, befelé azonban rendesen csak egy tutor van, t. i. a tutorok maguk kijelölnek egyet maguk közül ügyvivőnek, ez a *tutor gerens*, a többi a *tutores honorarii*. (Tutor honorarius más jelentésben a praetor által rendelt tutor) Tutor gerens az, a ki a többinek cautiót kinál fel.

A tutela megszünik, ha az impubes a 14. évet eléri, a nő megházasodik, ha továbbá akár a tutor, akár a pupillus meghal, vagy capitis deminutiót szenved, végül, ha a tutor felmentést nyer vagy elmozdittatik.

182. §. A cura.

Cura, curatio, családjogi hatalomszerű gondozása azon önjogú (sui iuris) ügyeinek, a ki valamely okból — kivéve a serdületlenséget és a női nemet — vagyonát kezelni nem tudja.

A curator gondnokoltja vagyonát kezeli akár egészben, akár bizonyos alkalomra. De ez esetben is megkülönböztetendő a közönséges procuratortól (képviselőtől). Az utóbbi pusztán magánviszony, a mely a képviselt akaratától függ, a curatela ellenben munus publicum, a hol épen forditva a curandus áll a curator igazgatása alatt. Ezért curatelának csak meghatározott esetekben van helye. Így a római jogban a következő esetei vannak:

1. *Cura minorum*. Lásd bővebben a 166—167. lapon. Az ott elmondottakon kivül még a következőket kell tudnunk:

Bizonyos esetekben a minornak okvetlenül szüksége volt curatorra. Így per esetén a praetortól curatort kapott in litem, a tutor a gyámkezelésről adott leszámolásánál és a gyámvagyon kiszolgáltatásánál, továbbá az adós tartozása lefizetésénél arra szorithatta a minort, hogy curatort kérjen, végül Claudius császár óta az arrogatióhoz is kellett curatort kérnie. A curatort a magistratus rendelte ki, még pedig Marcus Aurelius óta minden causae cognitio nélkül, a minor puszta kérelmére. A minor atyja által végrendeletileg rendelt curator is a magistratus megerősitésére szorult. (Inst. I. k. 23. cz. 1. §.) (A XII t. t. szerint ez a cura is legitima volt, az agnatusokat és gentiliseket illette.) A curator lehet generális, a mely esetben őt illeti a gondnokolt egész vagyonának administratiója, a gestio, de egy oratio Severi szerint mezei telkeket (praedia rustica et suburbana), Constantinus szerint városi telkeket, sőt ingókat sem idegeníthetett el, hacsak a gondnokolt atyja ezt végrendeletileg el nem rendelte vagy a magistratus causa cognita meg nem engedte. Iustinianus (Cod. V. k. 37. cz. 28. t. 5. §.) még a gyümölcsök elidegenítését sem engedte meg hatósági decretum nélkül. Az egyes ügyletekre rendelt curatort (a specialist) azonban ezek a megszorítások nem kötik.

Curatorával a minor nem köthet ügyleteket, csak olyanokat, a melyeknél a curator consensusára nem szorul. A curatela megszünik, ha egyik vagy másik fél meghal, a curator capitis deminutio maximát szenved (a gondnokolt minimája esetén is), ha a minor nagykorúsíttatik (venia aetatist nyer) vagy eléri a 25-ik évet, ha a curator elveszti a curatori képességét, ha dolus vagy culpa lata miatt méltatlanná vált, illetve hanyagnak vagy alkalmatlannak mutatkozott és hivatalából elmozdíttatott, ha feloldó feltétellel, dies ad quemmel vagy bizonyos czélra rendeltetett, és a feltétel, a dies beállott, a czél éreretett. Ha a curator személye miatt szünt meg a cura, újabb curator kérhető. A minornak curatora vagyonán törvényes zálogjoga és privilegium exigendije van, curatorát *actio negotiorum gestorum directa utilissel* vonhatja felelősségre, míg ez kiadásai fejében *actio negotiorum gestorum contraria utilissel* élhet. A rómaiak ugyanis a curatelát a megbizás nélküli ügyvitellel azonosították.

2. *Cura furiosi*. Ezt már a XII. t. t. említi. A furiosus (az elmebeteg) egyáltalában nem köthet semmiféle jogügyletet, teljesen cselekvőképtelen. A furiosus mellett tehát a curatornak az a helye van, mint az infans tutorjának. Curatelának csak azért hívjuk, mert engedelmességről nem lehet szó, már pedig a tutela a klassikus jogban hatalmi viszony. Az őrült mellé nincs hivatali curator rendelésnek helye, az cura legitima, a mely a XII. táblás törvény szerint az agnatusokat, illetve gentiliseket illeti meg, a justinianusi jogban a legközelebbi cognatust. Csak ha ilyen curator legitimus nem volt, rendelt a praetor egyet, szintúgy az ő megerősítésére szorult az atya által végrendeletileg rendelt curator. A cura furiosi a tutela infantistól csak abban különbözött, hogy míg az infans teljesen cselekvőképtelen volt, addig a furiosusnál azt vizsgálták, vajjon a jogügylet kötésénél észnél volt-e, mert ha igen, ha ú. n. lucidum intervalluma volt, ügylete érvényes volt. A cura furiosi ipso iure a kigyógyulással megszünik, a furiosusnak curatora vagyonán törvényes zálogjoga és privilegium exigendije van.

3. *Cura prodigi*. Ezt már a XII. t. t. rendeli, ha a senatus valakit a vagyonkezeléstől eltilt (bonis interdicere). Ez abban az esetben történik, ha az illető nem érte be a bonum non paternummal, hanem a bonum paternumot, atyjától rámaradt vagyonát is pazarolta (Paulus: Sent. III. 4 a. §. 7.). Ez is eleinte cura legitima volt, megillette az agnatusokat és gentiliseket, de csak akkor, ha a prodigus atyjának intestat örököse, ellenesetben, illetve ha a legitimus az ügyvitelre képtelen volt, a praetor rendelt curatort. Iustinianus korában ez is curator dativussá lett, még a végrendeletileg rendelt is a magistratus confirmatiójára szorult. A gondnokoltnak korlátolt cselekvőképessége volt, de szabadon végrendelkezhetett és házasodhatott. Ez a curatela csak akkor szünt meg, ha

a hatóság előleges ügyvizsgálat alapján ismét korlátlan cselekvőképességet ad a már nem prodigusnak.

4. *Cura debilium.* Gyenge, beteg személyek akár állandó, akár akut betegség vagy testi fogyatkozás miatt kérhetnek maguknak curatort, de csak az ő kértükre rendelheti ki a praetor, tehát cura dativa, és az ő kértükre meg is szünik.

5. *Cura bonorum.* Ez már nem családjogi viszony, de a kapcsolat kedvéért itt is adjuk. Ennek legnevezetesebb fajai: *a) Cura bonorum absentis.* A fogságban vagy távol levő vagyonára, ha ez maga helyett ügyvivőt nem hagyott, a praetor a legközelebbi rokonok vagy a hitelezők kérelmére curatort rendel, a ki a vagyont kezeli, a szükséges elidegenitéseket elvégzi, a távollevő helyett akár fel- akár alperesként szerepelhet. A curatornak leltárat kell felvennie, cautiót adnia, minden culpáért felel, a tisztség elfogadása polgári kötelessége. *b) Cura ventris nomine,* ha a praesumtiv örökös még meg nem született, a hagyaték számára a praetor gondnokot rendel. Ettől megkülönböztetendő a *cura ventris,* a mely azzal a joggal és kötelezettséggel jár, hogy a terhes nőt a hagyatékból a curator eltartsa. Rendesen azt illeti ez a cura, a kit a ventris nomine, *c) cura ex edicto Carboniano,* gondnokkirendelés, ha az örökség fölött folyó per az örökséget igénylők egyikének serdületlen volta miatt nem dönthető el rögtön és az igénylők közül egyik sem akar cautiót adni. *d) Cura hereditatis iacentis, e) cura bonorum cridae,* csőd alá kerülő vagyon curája, a melynek elfogadása már nem polgári kötelesség. A cura bonorum eseteiben a curatust nem illeti meg a privilegium exigendi, a minthogy ez nem is cura a családjogi értelemben, csak annak mintájára szabályozott ügyvitel.

6. *A cura egyéb esetei.* Néha a gyámság alatt álló gyermek is kapott egy időre gondnokot (Inst. I. k. XXI. cz. 3. §.). Ennyiben kivétel állapitható meg azon nagyjában helyes közmondás alól, hogy *curatorem (tutorem) habenti curator (tutor) non datur.* Sőt atyai hatalom alatt állóak, tehát alieni iuris-ok is kapnak curatort, a peculium castrense és quasi castrense vitelére, ha cselekvőképtelenek. Ez rendesen maga az apa, de ha ő el nem fogadja, vagy el nem fogadhatja, hatósági kinevezésnek van helye. Úgyszintén a bona adventicia irregularia esetén, kivéve, ha valamely harmadik a filiusfamiliasnak úgy ad valamit, hogy az atyának semmi joga sem legyen hozzá. Ez esetben rögtön hatósági kinevezésnek van helye.

A curára való képtelenségek, a felmentő okok, több curator közti viszony a római jogban egyenlően szabályoztattak a tutelával. Erről szólani tehát ott volt helyén.



